



النقص في الموالاة الملتزمة والنجاة

لخص الأستاذ محمد حبيب
مع أستاذي
حامد

تأليف

الدكتور محمد حامد
أستاذ قانون الرعايات بولاية مصر

و

حامد
المشايخ محمد النقص والادبام

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقدمة

نواة هذا الكتاب مقال للدكتور محمد حامد فهمي نشره في مجلة القانون والاقتصاد شرح فيه القانون الصادر بإنشاء محكمة النقض والإبرام المصرية شرحاً يصح أن يقف عنده المقتصد ، لكنه على إيجازه يمهّد للنظر مسالك البحث في موضوع النقض في المواد المدنية والتجارية .

ولقد كان هذا المقال جديراً بأن يغرى صاحبه ، وهو أستاذ قانون المرافعات بكلية الحقوق ، بوضع مؤلف جامع في هذا الجزء من القانون ، وقد عرض على أن يشركني فيه ، مؤتسماً إلى أبوتى ، مقدراً ما في اشتراكنا من فائدة ، فترددت ثم قبلت ، وسجل على هذا القبول في إشارة ذكرها في ختام ذلك المقال .

خطونا في هذا العمل المشترك أولى خطواته ، فبدت لنا مسالكه جبهة وعرة ، ليس فيها مؤنس أو معين من فقه مصرى أو قضاء وطنى ، فاعتصمنا بالصبر ومضينا فيما أخذنا فيه حتى بدأت تستهويننا جدة الطريق وسحر مجهوله ولذّة تصور غايته وقد دنت وقربت . فلما اقتضت أربعة أعوام على هذه الشركة في البحث والتفكير والجهد المتصل ، جاء هذا الكتاب متجانس الأجزاء موصول الحلقات ، لا يتميز عمل أيّنا فيه عن عمل صاحبه ، إذ الكتاب كله فكرة تضم أفكاراً من ورائها أفكار ، جلها وليد قراءات مشتركة وبحوث مشتركة كذلك كانت تنتهى بالاتفاق على ما روى أنه الصواب فيها وعلى تقريره وتدوينه .

ولقد يلاحظ القارئ أننا لم نجري في ترتيب الكتاب وتبويبه على السنن

المتبع في كتب الفقه الفرنسي أو الفقه البلجيكي ، وأتينا نحنوا في ذلك نحواً خاصاً
لعله أقرب للمنطق وأشكل بخصوصية الكتاب . ذلك أننا — ونحن نضع أول
كتاب في هذا الموضوع في الفقه المصري — حسبنا أن كبرى الغايات في عملنا
هي إيضاح نظرية النقص وتجليتها ، وبيان أصول الطعن بالنقض وقواعده الكلية ،
ولذلك جعلنا للكتاب مدخلا عرفنا فيه بوظيفة محكمة النقض ونظامها وتاريخ
نظام النقض ، ثم قسمنا الكلام في لب الموضوع على ثلاثة كتب ، تكلمنا في
الأول عن حالات الطعن على الجملة ، ثم على التفصيل ، وفي الثاني عن
أركان الطعن وشروطه وآثاره ، وفي الثالث عن الأحكام التي تصدرها محكمة
النقض وآثارها .

ولما كانت مسائل النقض من أدق مواضع قانون المرافعات ، وقد تشمس
على الخاصة من المشتغلين بالقانون ، جهدنا في تذليلها والتأنيس بها وتبسيطها
ورد أحكامها إلى أصولها والتعريف بهذه الأصول ، مسهين في الشرح حيثما
اقتضت الحاجة أو تحقق النفع ، عارضين هذه الأصول والقواعد في مجال التطبيق
بصور عملية حية تجليها وتثبتها ، انتقيناها من أهم ما عرض على محكمتي النقض
الفرنسية والبلجيكية ومما قضت فيه محكمتنا المصرية .

هذا وما ينبغي للقارئ أن يضيق بما في الكتاب — متنه وحواشيه — من
الشواهد الأجنبية ، فقانون النقض نفسه مأخوذ من بعض القوانين الأوروبية ، ولم
يجد واضعه حرجاً من أن يشير في مذكرته الإيضاحية على محكمة النقض بأن تسترشد
بقضاء محاكم النقض في بلجيكا وفرنسا وإيطاليا ، فكان حتماً علينا الوقوف على
قضاء تلك المحاكم فيما كنا بسبيل تقريره وإيضاحه من أحكام النقض وأصوله ،
فتناولناه عرضاً وإيضاحاً وتحليلاً وقدراً .

ولا بد من التنبيه على أن هذا المؤلف لم يوضع ليكون موسوعة يأخذ منها
الباحث ما يحتاج إليه من موضعه من غير أن يكافئ نفسه قراءة الكتاب كله ،

بل هو كتاب متماسك الأجزاء لا يجد الباحث فيه كل ما يريد في موضع واحد ،
بل لعله يعثر عليه في مواضع متعددة حسباً توجهه المناسبة وتقضى به الغاية التي
وضع من أجلها ، ففائدته قد لا تتحقق كاملة إلا لمن يقرؤه جلة ، ويطيل فيه
التمعن والتأمل .

وبعد ، فنرجو أن يحقق هذا الكتاب من النفع ما رجونا منه ،
والله ولي التوفيق ما

حامد فرهمي

بعض المصطلحات والرموز

- كار بنتيه : ربرتوار كار بنتيه الجزء التاسع تحت عنوان « نقض »
 البنديكت : البنديكت الفرنسية الجزء الرابع عشر تحت عنوان « نقض »
 ربرتوار دالوز : ربرتوار دالوز الجزء السابع تحت عنوان « نقض »
 ملحق دالوز : ملحق ربرتوار دالوز الجزء الثاني تحت عنوان « نقض »
 تعليقات دالوز : الجزء الثالث من تعليقات دالوز على قانون المرافعات
 (د ١٨٨٠ — ١ — ١١٢) : (مجلة دالوز الدورية سنة — قسم أول — صحيفة)
 (س ١٨٨٠ — ١ — ١١٢) : (مجلة سيرى الدورية سنة — قسم أول — صحيفة)
 ع . ف : حكم دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية
 ن . ف : حكم الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية
 ن . ب : حكم محكمة النقض البلجيكية
 ن . م . م : حكم الدائرة المدنية بمحكمة النقض المصرية
 ن . م . ج : حكم الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية
 س . م : حكم محكمة الاستئناف المختلطة
 تيسيه { شرح قانون المرافعات لجلالسون وتيسيه وموريل الطبعة الثالثة
 جزء ثالث
 تيسيه ج ٢ { شرح قانون المرافعات لجلالسون وتيسيه وموريل الطبعة الثالثة
 جزء ثاني
 جارسون : شرح قانون العقوبات الفرنسى
 جارسونيه : شرح قانون المرافعات الفرنسى جزء ٦ الطبعة الثالثة
 ستاوروس : تعليقات على القانون المدنى المختلط

- سيمون^(١) : كتابه في الطمون بالنقض في المواد المدنية (انظر المراجع الفرنسية)
 شوفرن : رسالته في التكييف في المواد الجنائية (انظر المراجع الفرنسية)
 شويشن : كتابه في الطمون بالنقض (انظر المراجع الفرنسية)
 المحاماة ١٥١٠ : المحاماة السنة الخامسة عشرة القسم الأول
 معج : المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم الأهلية
 المواقات : المواقات للامام الشاطبي (الطبعة النيرة)
 طرق القضاء : طرق القضاء للشيخ أحمد أحمد إبراهيم بك
 الإثبات : رسالة الإثبات لأحمد نشأت بك المستشار
 الزيني : موجزه في القانون الدولي الخاص
 أبو هيف : مؤلفه في القانون الدولي الخاص

(١) وقع في هذا الاسم خطأ فقد ذكر في هوامش الكتاب أنه «سيموني» وصحته سيمون .

BIBLIOGRAPHIE

- Arminjon (P) : Précis de droit international privé (1924)
- Cartault : De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation et ses rapports avec l'excès de pouvoir contentieux (thèse Paris 1911)
- Chauveron (Pierre de) : Du pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur la qualification criminelle (Paris 1908)
- Cournot : Essai sur le fondement de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique (Nouvelle édition 1912)
- De la Grasserie(Raoul) : De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée (Paris 1911)
- Dereux : L'interprétation des actes juridiques privés (thèse Paris 1905)
- Fabregettes : La logique judiciaire et l'art de juger, 2^e édition (1925)
- Faye (Ernest) : La Cour de Cassation (Paris 1903)
- Gauguier : De l'interprétation des actes juridiques (thèse Paris 1898)
- Geney : Méthode d'interprétation et sources en droit privé (2^e édition)
- : Science et Technique en droit privé positif
- Gounot : Le principe de l'autonomie de la volonté (thèse, Dijon 1912)
- Jouanneau (A) : Recueil des maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire (Paris 1924)
- Marty (G.) : La distinction du fait et du droit
- Maynaud : Les fictions de contrats (1924)
- Messina (Salvatore) : Traité de droit civil mixte
- Pereau (E. H.) : Technique de la jurisprudence en droit privé
- Plassard : Des ouvertures communes à cassation et à requête civile (thèse Paris 1924)
- Rogerey : Du recours en cassation pour non application de la loi étrangère (1910)
- Scheyven : Traité pratique des pourvois en cassation (2^e édition 1885)
- Sescioreano, (Georges M.) : Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur (1920)
- Simont (H.), : Des pourvois en cassation en matière civile (1933)
- Talmond : Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats (thèse Paris 1926)
- Waline : La notion judiciaire de l'excès de pouvoir (thèse Paris 1926)

مَدْخَلُ الْكِتَابِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الباب الاول

فى التعريف بوظيفة محكمة النقض والإبرام

١ — وظيفة محكمة النقض والإبرام الأساسية فى النظامين الفرنسى والمصرى هى النظر فى الطعون التى ترفع إليها فى الأحكام النهائية بسبب مخالفتها للقانون أو خطئها فى تطبيقه أو فى تأويله . ومحكمة النقض — وهى تقوم بوظيفتها هذه — تحقق غرضين : (أولهما) توحيد ما يقع فى الأحكام من شذوذ فى تطبيق القانون وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل وتثبيت القضاء بها ، (وثانيهما) رفع ما تلاحظه الأحكام المخالفة للقانون من الأذى والضرر بالناس بتمكينهم من الطعن فيها رجاء إبطالها وإغائها .

٢ — الغرض من الباب الاول : وقد أشار واضع القانون إلى الغرض الأول من هذين الغرضين بما ورد فى ديباجته من قوله : « ونظراً لما رؤى من ضرورة إنشاء محكمة نقض وإبرام لتحقيقاً لحسن سير العدالة » . وفى الحق أن القانون هما أحسن وضعه ، وعنى واضعه بالإحاطة بشئى صور المعاملات والوقائع لا يمكن أن يحيط فى واقع الأمر بكل تلك الصور ، وهى تقع مختلفة باختلاف مقتضياتها متغيرة متطورة إلى غير حد . ومتى كان القاضى ممنوعاً من الالتجاء إلى السلطة التشريعية لاستصدار القوانين التفسيرية كلما دعت الحال إلى تفسير أو استيضاح (كما كان

كذلك في عهد القانون الفرنسى القديم على ما استراه) ومتى كان القاضى مكلفاً بالاجتهاد في تفسير القانون وتطبيقه ومتميناً عليه الحكم في الدعوى بقواعد العدل إذا لم يجد نصاً أو وجده وراً غير كاف أو رأى به إيهاماً (المادة ٢٩ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية والمادة ١١ من القانون المدنى المختلط والمواد ٤ و ٥ و ٦ من القانون المدنى الفرنسى) ، ومتى كانت مراتب القضاة في الفهم عن القانون متفاوتة على قدر تفاوتهم في العلم والخبرة — متى كان ذلك كله ، فالاختلاف في القضاء في المسألة القانونية الواحدة واقع لا محالة .

وإذا كان الأمر كذلك ، ولم يكن أضر بالمعاملات بين الأفراد ، ولا أذى إلى وقوع الخلل والاضطراب فيها من أن يبدو القانون ناقصاً أو غامضاً ، وأن يكون مختلفاً في تأويله وفي تطبيقه لا يعرف الناس الصواب من الخطأ في فهمه ، وأن تبقى الأحكام الفقهية الفرعية مختلفاً عليها ومحللاً للاجتهاد ، وأن تصر كل محكمة من المحاكم المتعددة المختلفة على اجتهادها الخاص — إذا كان الأمر كذلك فلا مناص من أن تشرف على تفسير القانون وتطبيقه محكمة عليا واحدة تكون لها الكلمة الأخيرة في الأحكام ، تنقض ما فسد منها وتصلح ما يقع فيها من الأخطاء القانونية ، ويكون لأرائها من القوة والاعتبار ما يشبه قوة القانون واعتباره . هذه المحكمة العليا هي محكمة النقض تحكم في الطعون التي ترفع إليها بالرأى الذى تقرره هي في المسائل القانونية التي تثار أمامها . وهي في ذلك وإن كانت لا تتصدى لوضع القواعد العامة بقصد تقييد سائر المحاكم بها ، ولا تتولى التشريع من طريق القضاء ، ولا تنقض إلا في شأن الدعوى المروضة عليها بالذات إلا أن آراءها تنزل عند المتقاضين ولدى المحاكم الأخر منزلة القانون في الاعتبار . ذلك بأن محكمة النقض هي محكمة واحدة أفردت بالقضاء فيما يعطى به في الأحكام الاتهابية بسبب الخطأ في القانون . فهي إذا أبدت رأياً في مسألة قانونية في قضية من القضايا فإنما تبديه بعد طول أناة واستقصاء بحث . ولما تعدل عنه إذا

أثيرت هذه المسألة القانونية من جديد في قضية أخرى ، بل يكون الغالب في أمرها أن تنقض كل حكم تراه مخالفاً لما رأيته . وإذن فقد كتب لهذا الرأي أن تأخذ به المحاكم الأخرى حتى لا تعرض أحكامها إلى النقض ، فيثبت عليه القضاء على اختلاف درجاته ، ويرتفع الخلاف في المسألة القانونية التي فصل فيها هذا الرأي . ويساعد على هذا الاستقرار أن قضاة محكمة النقض قلما يعدلون عن قضاء سلفهم الثابت لشعورهم بخطورة الرجوع عن الأصول المقررة الجارية في المعاملات . ولا أدل على ذلك من أن محكمة النقض الفرنسية — وهي تعمل منذ أكثر من قرن — لم ترجع في قضائها الثابت إلا في مسائل معدودة محصورة ، ولم يرجعها عنه في الغالب إلا لإصرار المحاكم على مخالفة رأيها ، أو اقتناعها هي بما وجه إلى قضائها من نقد ، أو شعورها بمقتضيات التطور التي تدعو الشارع نفسه أحياناً إلى تعديل ما سنه من القوانين .

٣ — الفرصه الثاني : أما إبطال الأحكام المخالفة للقانون ورفع الضرر الذي تلحقه بمصالح المتقاضين ، باعتباره غرضاً تحققه محكمة النقض ، فيمكن القول فيه بأنه ليس غرضاً أصلياً مقصوداً لذاته ، بل هو يأتي تابعاً للفرض الأول المتقدم ذكره . ذلك بأن الشارع قد حدد درجات التقاضي العادية التي رأى فيها ما يكفي لاطئشان الناس إلى صيانة حقوقهم ، فإذا كان بعد ذلك قد سمح — في حدود قانون محكمة النقض — لمن يشاء بأن يطعن على الحكم الصادر عليه بعد مرور القضية بأدوار التقاضي تلك فإنه لم يقصد بذلك إلا أن يحصل هذا الطعن وسيلة لتمكين المحكمة العليا من النظر في اختلاف فيه من المسائل القانونية وإبداء الرأي الصحيح فيها والعمل على توحيد القضاء مراعاة للمصلحة العامة . وهو قد لجأ إلى هذه الوسيلة لأن من صدر عليه الحكم هو — بدافع مصلحته — الأجلر بتلس أوجه الخطأ فيه والأحرص على التظلم منه .

ذلك ، ولعل الشارع قد رأى من جهة أخرى ألا يجعل عمل محكمة النقض

— وهي هيئة قضائية — مقصوداً على ما يشبه مجرد الافتاء في المسائل القانونية المتنازع فيها دون أن يكون لأربها أثر إيجابي في مركز المتقاضين وحقوقهم ، فجعل لها أن تحكم لمصلحة الطاعنين بنقض الأحكام التي صح طعنهم عليها فقيم بذلك العدل بين الأفراد وهي بسبيل تحقيق غرضها الأصلي من السهر على حسن سير العدالة في مصلحة القانون ذاته ؛ وفي الواقع أنه ما دام من القواعد الأصلية المحمودة في نظامنا القضائي أنه لا ينبغي عرض أى نزاع على أكثر من محكمتين ، محكمة ابتدائية ومحكمة استئنافية ، فإننا لا نستطيع أن نلج على غير الأساس المتقدم ذكره كيف يسمح للمتقاضين من جهة بالعلن في الأحكام النهائية بالخطأ في القانون ومرض نزاعهم هذا على درجة قضائية ثالثة ، وكيف يمنعون من جهة أخرى من الطعن في الأحكام بالخطأ في فهم الواقع في الدعوى في حين أن مصلحة المتقاضين في نقض الأحكام المخالفة للقانون لا تلو في واقع الأمر على مصابحتهم في نقض الأحكام المخطئة في فهم الواقع في الدعوى ، ومع أن احتمال وقوع الخطأ في تحصيل هذا الفهم الواقعي لا يقل عن احتمال الخطأ في المسائل القانونية .

٤ — ذلك وما قلناه من أن وظيفة محكمة النقض تقوم على أساس من المصلحة العامة ليس هو بالقول الجديد . فقديمًا كان الفرض من ترتيب مجلس الملك في عهده الأخير ، ومن إنشاء مجلس النقض بعده ، إنما هو التمكين للتشريع المركزي ، وتقليب القوانين الوضعية على العادات المحلية التي كانت تطبقها المحاكم في مختلف أنحاء المملكة ؛ وذلك بنقض الأحكام المخالفة لهذا التشريع ولتلك القوانين رجاء توحيد القضاء بها في جميع أنحاء الدولة .

وقد أوما شارعنا إلى هذه المصلحة العامة حين أوجب اشتراك النيابة العامة في تحضير القضايا أمام محكمة النقض المدنية ، وفي إبداء الرأي فيها في الجلسة ؛ والمعروف أنه لا شأن للنيابة العامة إلا بما يكون له اتصال أو تعلق بالنظام العام أو المصالح العامة . فقد صدر الفصل الذي عقد للنيابة العمومية في المذكرة

الإيضاحية بقوله : « لقد روى إيجاب سماع أقوال النيابة العمومية ، إذ لا شك في أن حضورها أمام أعلى هيئة قضائية — متكلمة باسم القانون — يعد ضماناً جليلاً للقدر لاستيفاء بسط المسائل أمام تلك الهيئة ... » إلى أن قال : « ... قد بحثت وزارة الحفانية عما إذا كان يحسن أن يؤذن للنائب العمومي بالطن أمام محكمة النقض في أحكام محاكم الاستئناف إذا رأى أنه قد وقع فيها خطأ قانوني جسيم ولو لم يرفع أحد من الخصوم نقضاً عنها . . . » إلى أن قال : « ومع ما في هذا النظام من القائلة فإن الوزارة رأت أنه يحسن الآن ألا يتقبل كاهل محكمة النقض بعمل يمكن القول بأنه نظري ، وإذا رؤيت في المستقبل ضرورة لذلك فمن السهل حينئذ إصدار قانون جديد يأذن للنياية العمومية بالطن أمام محكمة النقض لمصلحة القانون » .

٥ — على أنه ينبغي ألا يغيب عن الذكر أن محكمة النقض — أيا كانت الغاية التي قصدت من إنشائها ، وأيا كانت في الأصل صفة المصالح التي تقوم على أساسها — هي هيئة قضائية عملها المباشر هو الحكم بين الأفراد في منازعاتهم التي يعرضونها عليها ، تؤديه في حدود وظيفتها القضائية ، وتنقيذ فيه بكل القيود العامة التي يخضع لها القضاة في أداء وظيفتهم . فهي من أجل ذلك لا تنظر من تلقاء نفسها في حكم لم يطن فيه أمامها المحكوم عليه ، ولا تقبل طعناً من غير ذي صفة ومصلحة ، أو بعد فوات ميعاد الطعن ، أو من غير مراعاة للإجراءات الشكلية والمواعيد الواجبة الاتباع . ولا تحكم في غير ما يُطلب منها القضاء فيه ؛ فلا تنظر إلا في الأسباب التي بني عليها الطعن في الحكم وبينها الطاعن في تقرير الطعن . ولا تقبل من الطاعن التمسك بأسباب للنقض غير التي فصلها في التقرير . ولا تقبل من الخصوم إبداء أسباب شفهية في جلسة المرافعة غير التي أدلوا بها في مذكراتهم الكتابية ، ولا تتولى بنفسها مراجعة ملف الدعوى المحكوم فيها ، وإنما تقضى على واقع المستندات والمذكرات المقدمة إليها من الخصوم أنفسهم .

٦ — هذا ، ويتميز الطعن بطريق النقض بطبيعته عن الطعن بالاستئناف . فالاستئناف جائز لكل خصم يتضرر من حكم صادر من محكمة من محاكم الدرجة الأولى ، وله مصلحة في تعديله أو إلغائه . ولا يجب لقبوله أن تكون له أوجه معينة ؛ بل يكفي لجوازه أن يكون لراضه أية ظلامة من الحكم المستأنف ، ثم إنه باستئنائه ينقل القضية برمتها إلى محكمة الدرجة الثانية ، فيكون له أمامها أن يعيد الدعوى بجميع تفاصيلها ومسائلها الواقعية والقانونية المختلف عليها ، وأن يدعى خطأ الحكم المستأنف في كل هذه المسائل أو بعضها ؛ ثم إذا بحث مسألة قانونية أمامها بحثها بما لا يسبها من ظروف وأحوال . ويكون لمحكمة الاستئناف ، في حدود الاستئناف المرفوع ، بحث جميع ما تنازع فيه الخصوم من مختلف المسائل ، والنظر في صواب الحكم المستأنف وخطئه من جميع نواحيه لتحكم بتأييده أو بتعديله ، أو بإلغائه ، أو برفض الدعوى ، أو بطلبات المدعى كلها ، أو بعضها على حسب الأحوال .

أما الطعن بطريق النقض فليس كالاستئناف طعنًا عاديًا ، ولا درجة من درجات التقاضي تنتقل به القضية أمام محكمة النقض انتقال القضية المستأنفة أمام محكمة الاستئناف ؛ بل هو طعن لم يجوزه القانون في بعض الأحكام الاتهامية إلا في أحوال يبينها القانون بيان حصر . وهي ترجع كلها — على ما ستره — إما إلى مخالفة القانون ، أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، وإما إلى وقوع بطلان جوهري في الحكم أو في الإجراءات مؤثر في الحكم . ومحكمة النقض ، وهي تنظر في وجوه الطعن المبينة في التقرير ، لا تبحث مطلقاً إلا فيما تعلق به هذه الوجوه من المسائل القانونية ، ولا تبحث فيما إذا كان أى الخصمين هو الذى أثبت دعواه أو دفعه فصار هو الأحق بأن يقضى له في موضوع الدعوى على مثل ما نقض به محكمة الاستئناف رفضاً للطعن وتأييداً للحكم المطعون فيه ، أو قبولاً للطعن وإلغاءً لهذا الحكم ؛ بل هي إنما تبحث فيما إذا كانت القاعدة القانونية التي أخذ بها في

الدعوى أو في إجراءاتها هي القاعدة التي كان يجب الأخذ بها فيها وفي أمثالها من الدعاوى التي تكون مراكز الخصوم فيها كراكرهم في تلك الدعوى أيا كانت خصوصياتها وميزاتها ، كما تبحث فيما إذا كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ في فهم هذه القاعدة القانونية ، أو في تطبيقها على وقائع الدعوى أو لم يخطئ . وكذلك تبحث فيما إذا كانت القواعد الشكلية التي أوجب القانون اتباعها في الحكم وفي الإجراءات قد روعيت أو لم تراعى ، لتحكم بعد ذلك إما برفض الطعن وإما بقبوله ونقض الحكم وإحالة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته فيه لتحكم فيها دائرة أخرى من جديد .

ويترب على عدم جواز الطعن أمام محكمة النقض إلا بسبب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله أو بسبب وقوع بطلان جوهرى في الحكم أو في الإجراءات ، عدم قبول الطعون المبنية على ادعاء الخطأ في مسألة من مسائل الدعوى الواقعية ، وعدم جواز تعرض محكمة النقض لبحث هذه المسائل وتقديرها . ومعنى هذا أن محكمة النقض ينبغي لها أن تقتصر صحة ما أثبتته الحكم المطعون فيه من وقائع الدعوى ، وألا تنظر إليه إلا من الناحية القانونية . فلهذه المحكمة مثلاً أن تنقض الحكم الذى يكون قد بنى على شهادة الشهود متى كان مبنى الطعن عدم جواز الإثبات بالبينة قانوناً ورأت هي صحة هذا الوجه . ولكن لا يكون لها أن تنقضه لخطئه في تقدير أقوال الشهود إذا كان القانون يميز الإثبات بالبينة في صورة الدعوى . وبالجملة ليس لمحكمة النقض رقابة ماعلى ما تكون لقاضى الدعوى فيه السلطة التامة من نحو تحصيل فهم الواقع فيها من الأدلة المقدمة له تقديمًا صحيحًا ، ومن نحو الأخذ في تفسير العقود والمستندات بما هو أوفى بمقصود الماقردين أو اللتزم منهما مما سنبسط الكلام فيه عند تحديد المعنى المقصود من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله .

٧ - ويترتب على عدم اعتبار محكمة النقض والإبرام درجة نائلة للتقاضى فى موضوع الدعوى أنها إذا قضت حكماً خطأ فى القانون امتنع عليها كقاعدة عامة أن تتولى بنفسها الفصل فى موضوع الدعوى وتعين عليها إعادة الدعوى إلى محكمة الفصل فيها من جديد إلا فى أحوال مستثناة معينة يكون فيها لمحكمة النقض حسم النزاع برمته على ما تراه مفصلاً .

الباب الثاني

تاريخ نظام النقض في مصر وفي فرنسا

١ - في مصر

٨ - لا يتصل ترتيب محكمة النقض المصرية وإنشاؤها في سنة ١٩٣١ بأى نظام آخر من النظم القضائية المتقدمة على إنشاء المحاكم الأهلية^(١). فليس بينها وبين مجلس الأحكام نسب أو سبب، لأن هذا المجلس كان في الواقع محكمة استئناف عليا للمجالس الاستئنافية التي كانت بالأقاليم، ولذلك كان يكفي أن يرى

(١) عرف الفقه الإسلامى فكرة نقض الأحكام المخالفة للشرع قبل أن تعرفها البلاد الأوربية بعدة قرون؛ فقد تكلم الكاسانى التوفى سنة ٨٧٠ هجرية في كتابه «البداية» على الموضع الذى ينقض فيها الحكم، رايأى عن سبقه من متقدمى الفقهاء. غير أن الملوك والسلاطين والأمراء لم يندووا ولاية نقض الأحكام الباطلة إلى جهة معينة مستديعة قائمة بنفسها، يرجع إليها المتقاضون في طعنهم بنظام مخصوص وفي وقت معلوم، ويكون من ولايتها نقض الأحكام الباطلة على ما يقرب أو يشبه نظام محكمة النقض الحالى. وقد جاء في «معين المحاكم» أن حكم الحاكم ينقض في أربعة مواضع: إذا وقع على خلاف الإجماع، أو القواعد، أو النص الجلى، أو القياس؛ ومثل لمخالفة الحكم للإجماع بما لو حكم بأن الميراث كله للأخ لاثنين دون الجد، لأن الأمة على قولين، ما: أن المال كله للجد أو أنه يقاسم الأخ، أما حرمان الجد مطلقاً فلم يقل به أحد. ومثل لمخالفة القواعد بما لو حكم حاكم بقرير النكاح في قول من قال: «إن وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثاً، فطلقها ثلاثاً أو أقل». فالصحيح عدم لزوم الطلاق الثلاث، لأن من قواعد صحة اجتماع المصروط مع الشروط، وهذه المسألة تعرف بعدم المسألة السرمية. قال: «والموضمان الآخرون لا يحتاج إلى تمثيل فيها». وإذا عرفت أن أدلة الأحكام أى أصولها هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس وتأملت في هذه المواضع الأربعة رأيت أنها لا تخرج عن مخالفة أحكام الشرع أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله. والظاهر في كتب الفقه أن ولاية نقض الأحكام كانت لنفس القاضى، ولقاضى القضاة ولولاى النظام (معين المحاكم ص ٢٨ و ٢٩ و ٣١ و ٣٢، وكتاب الأحكام السلطانية في توقيعات الناظر في المظالم ص ٨٠ و ٨١ و ٨٢، وفي نهاية الأرب السفر السابع ص ٢٨٧ وما بعدها في ذكر توقيعات متولى المظالم وما يترتب عليها من الأحكام).

أى خصم أن الحكم الصادر من أحد هذه المجالس ليس فى محله من الصواب لأى سبب من الأسباب ، ليرفع شكايته إلى مجلس الأحكام ، فيعيد المجلس النظر فى الدعوى باحثاً ما فيها من وجوه الدفاع ، سواء أكانت متعلقة بفهم الواقع فيها وتقديره أم كانت متعلقة بفهم حكم القانون فى هذا الواقع ، وسواء أكانت هذه الوجوه مما قدمه الخصوم أنفسهم للمجلس ، أم كان هو الذى تعرض لها من تلقاء نفسه لقيامها فى الدعوى .

٩ — ولما استطاب المشرع إدخال النظم القضائية الأوروبية فى مصر ، وأنشأ المحاكم الأهلية خلقاً جديداً ، وأصدر القوانين الأهلية ، أخذ عن القانون الفرنسى والبلجيكي نظام التقضى ، ولكنه قصره على الأحكام الجنائية . فنص فى المادة ٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على « أن المحاكم الاستئنافية تحكم بهيئة جمعية عمومية بصفة محكمة تقضى وإبرام فى المسائل التى ترفع لها بمقتضى قانون تحقيق الجنايات بشأن استيفاء الأصول المقررة أو مخالفة القانون ... » ونص فى المادة ٢٢٠ من قانون تحقيق الجنايات على « جواز الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف فى مواد الجنايات أمام الجمعية العمومية بالمحكمة المذكورة فى حال انعقادها بهيئة محكمة تقضى وإبرام فى الأحوال الثلاثة الآتية : (أولاً) إذا كانت الواقعة الثابتة فى الحكم لم يعاقب عليها القانون . (ثانياً) إذا حصل خطأ فى تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها فى الحكم . (ثالثاً) إذا وجد وجه من الأوجه المهمة لبطلان الإجراءات أو الحكم » .

وفى ٩ يوليه سنة ١٨٩١ عدلت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٠ من قانون تحقيق الجنايات بما « يميز الطعن فى الأحكام الصادرة فى ثانى درجة سواء أكانت من المحاكم الابتدائية فى مواد الجنح ، أم من محكمة الاستئناف فى مواد الجنايات والجنح . ويقدم الطعن إلى محكمة الاستئناف المذكورة منعقدة

بهيئة محكمة نقض وإبرام ، كما تدون في المادة ٢١ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية .

وفي ٥ يولييه سنة ١٨٩٨ عدلت المادة ٢١ من لأئحة الترتيب فألغيت عبارة « جمعية عمومية » . ثم ألغيت هذه المادة مع المواد ١٨ و ١٩ و ٢٠ بالقانون رقم ٥ بتاريخ ١٤ فبراير سنة ١٩٠٤ واستعيز عنها بالمادة ١٧ التي نصها : — « قواء اختصاص المحاكم تعين في قانون المرافعات وتحقيق الجنايات » . ونص في المادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات الجديد على جواز الطعن أمام « محكمة استئناف مصر بهيئة محكمة نقض وإبرام في أحكام آخر درجة الصادرة في مواد الجنايات أو الجنح وعلى عدم جواز هذا الطعن إلا في الأحوال الثلاثة الآتية : — (الأولى) إذا كان القانون لا يعاقب على الواقعة الثابتة في الحكم . (الثانية) إذا حصل خطأ في تطبيق نصوص القانون على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم . (الثالثة) إذا وجد وجه من الأوجه المهمة لبطلان الاجراءات أو الحكم » .

١٠ — ولم تكن محكمة النقض التي أشارت إليها لأئحة ترتيب المحاكم وقانون تحقيق الجنايات إلا دائرة منتزعة مؤقتا من دوائر محكمة استئناف مصر تتألف من خمسة قضاة يجلسون في مرات غير دورية للنظر في الطعون الجنائية التي تقدمها النيابة العمومية إليهم ، وكانت الجمعية العمومية لتلك المحكمة هي التي تختارهم كل سنة ، وكان القانون يميز مع ذلك — تسهيلات تأليف هذه الدائرة — انضمام أحد القضاة الذين سبقت لهم المشاركة في الحكم للطعون فيه لتلك الهيئة (المادة ١٠ من اللأئحة المعدلة بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٤) . وقد قامت هذه المحكمة بواجبها على الرغم مما كان يعرض لقضيتها من التغيير والنقل والإبدال ، وما ترتب على ذلك من اضطراب القضاء وتناقض الأحكام في المسألة الواحدة ، مما انكشف الأمر عنه بعد زمن قصير من إنشاء المحاكم الأهلية ، فنبه عليه المستشار الفقيه « دوهلس » في كتابه الذي وضعه بعنوان : « الطعن في الأحكام بطريق النقض في القضاء

المصري « وهو ما ترجمه الأستاذ عزيز بك خانكي الحامى بما نصه : « فما دامت هيئة محكمة النقض والإيرام معرضة في كل سنة للتعديل والتغيير والنقل والإبدال ، فلا يمكن أن يثبت لها قضاء ويوقف لها على رأى ثابت أو مبدأ معلوم . وهذا عيب كبير في نظام القضاء لا يزول إلا إذا أنشئت محكمة نقض وإيرام ثابتة ، مستقلة بنفسها ، قائمة بذاتها ، مستديمة الهيئة ، لا تستمد وجودها من محكمة سواها فإذا لم توجد سلطة قضائية مستديمة الهيئة لحل هذه المسألة بقى الخلاف قائماً إلى الأبد ، وبقى قاضى الموضوع فى نفس الحيرة التى كان فيها من قبل » .

١١ — هكذا كان نظام النقض فى المواد الجنائية ، أما الأحكام المدنية والتجارية فلم يكن الطعن فيها بالنقض معروفاً قبل صدور المرسوم بقانون بإنشاء محكمة النقض فى ٢ مايو سنة ١٩٣١ .

ولقد كان هذا النقص من أظهر عيوب نظام القضاء الأهلى ، وأخذ الشعور به يزداد تدريجاً بتقدم فقه القانون فى مصر وازدياد عدد المحاكم وعدد الأحكام وتنوع موضوعاتها وتضاعف العمل فى محكمة استئناف مصر ووقوع الخلاف فى تطبيق القانون وتأويله بين بعض هذه المحاكم وبين البعض الآخر ، بل بين دوائر محكمة الاستئناف نفسها . فلما ارتفع صوت الأمة بضرورة تدبير علاج ناجع يجمع كلمة القضاء فى المسائل القانونية المختلف فيها على قول واحد ، رأى الشارع معالجة هذا النقص فأخذ عن القانون المختلط (المادة ١٦ مكررة من قانون المرافعات) نظام الدوائر المتجمعة بمحكمة الاستئناف ، فأضاف إلى قانون المرافعات الأهلى المادة ٣٧١ المكررة التى نصها : « كلما رأت دائرة من دوائر محكمة استئناف مصر عند النظر فى إحدى القضايا أن النقطة القانونية المتقضى البت فيها سبق صدور جملة أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر ، جاز لها أن تأمر بتجديد المرافعة فى الدعوى وإحالتها على دوائر محكمة الاستئناف

مجتمعة وتكون من عدد فردى من المستشارين لا يقل عن خمسة عشر .

١٢ — على أن هذا النظام — مهما كانت فوائده — ما كان ليفي بكل الأغراض التي يحتمها نظام النقض في القضايا المدنية : (أولاً) لأن إحالة الدعوى على الدوائر المجتمعة لرفع الخلاف في المسألة القانونية المطلوب البت فيها ، كان أمراً جوازياً للدائرة التي كانت تعرض عليها القضية . ومتى جاز لهذه الدائرة أن تحيل أو ألا تحيل ، فإنها قد نقضت في المسألة برأيها ، وقد يكون رأياً جديداً يتسع به الخلاف . (ثانياً) لأنه ما دام يشترط لجواز عرض القضية على الدوائر المجتمعة سبق صدور أحكام مختلفة في المسألة القانونية الواحدة ، أو سبق تقرير أحكام متعدّدة لقاعدة قانونية ما ، ورغبة الدائرة المروضة عليها القضية في المدول عن هذه القاعدة ، فإن الالتجاء إلى هيئة الدوائر المجتمعة لتقرير القاعدة الصحيحة الواجب تطبيقها في القضية المحالة إليها والتي يرجى الأخذ بها فيما يعرض من القضايا الماثلة على المحاكم فيما بعد ، لا يقوم اعوجاج الأحكام السابقة ، فتبقى على ما فيها من خطأ منقطعة السبيل إلى الإصلاح والتقويم . (ثالثاً) لأن القاعدة التي تقررها الدوائر المجتمعة في القضية المحالة إليها — مهما كان لها من قيمة أدبية — ليس لها من القوة ما يضمن لها وجوب الاتباع ودوام الاحترام أمام المحاكم الأخرى ، فلو خالفها أية محكمة فلا تكون ثمة وسيلة لإصلاح حكمها ولا إلى ردها إلى وجه الصواب فيه . (رابعاً) لأن العمل بنظام الدوائر المجتمعة كان غير ميسور في محكمة استئناف أسبوط بعد إنشائها في سنة ١٩٢٧ إذ لم يبلغ عدد مستشاريها خمسة عشر . ولم يكن مقطوعاً بأنها تنقيد بآراء دوائر محكمة استئناف مصر المجتمعة ، بل كان من الجائز أن يقع الخلاف بين قضائها وقضاء محكمة استئناف مصر وأن يبقى هذا الخلاف ولا علاج له .

وإذا كان الشارع قد تلافى بنظام الدوائر المجتمعة بعض ما كان يقع من الخطأ في المسائل القانونية — كما رأيت — فقد كان هذا النظام — كما وصفه

رئيس محكمة النقض في كلمته التي افتتح بها جلسة الدائرة المدنية الأولى في ٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ « نظاماً قاصراً جداً ، لا يتعرض للأحكام النهائية بشيء ولا يمسها أدنى مساس ، بل كان مقصوداً على ناحية من نواحي التقويم والإرشاد في المبادئ القانونية دون أن يصلح من الأحكام ذاتها »^(١).

١٣ — ولقد استشرع الشارع نفسه قصور هذا النظام ، وتشوف إلى إيجاد نظام النقض والإبرام الكامل حينما أصدر الدستور في سنة ١٩٢٣ . فقد نص في المادة ٦٧ من ذلك الدستور ، على أن يدخل في تأليف المجلس الخصوص المختص بمحاكمة الوزراء « رئيس المحكمة الأهلية العليا » . وذكر في المادة ٦٦ من قانون الانتخاب الصادر في نفس السنة أن مستشاري محكمة الاستئناف أو أية هيئة قضائية مساوية لها « أو أعلى منها » يكونون ممن تتوفر فيهم شروط العضوية بمجلس الشيوخ . ثم قوى هذا الشعور فأصبح رغبة من أصدق رغبات الحكومة المصرية . فكرت فيه أكثر من مرة ووعدت وزارتان بإنشاء محكمة النقض ، وسبغتنا وعليهما في خطاب العرش للورين من أدوار انعقاد البرلمان^(٢).

١٤ — وأخيراً أصدر المرسوم بقانون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ في ٢ مايو سنة ١٩٣١ بإنشاء محكمة النقض والإبرام ، وأصدر في نفس اليوم المرسوم بقانون رقم ٦٩ سنة ١٩٣١ بتعديل بعض مواد لأئحة الإجراءات الداخلية للمحاكم الأهلية ، والرسوم بقانون رقم ٧٠ بتعديل لأئحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية ، والرسوم بقانون رقم ٧١ بتعديل المادتين ٣١٢ ، ٣٢١ من قانون الرافعات الأهلي . وقد أصدرت هذه المراسيم بقوانين في فترة حل البرلمان بمقتضى ما كان لجلالة الملك ووزرائه من حق مباشرة سلطة التشريع طبقاً للمادة ٣ من الأمر

(١) راجع مقالنا في محكمة النقض المصرية من ٦٤ و ٦٥ سنة ٢ مجلة القانون والاقتصاد ، وقد نشر محضر هذه الجلسة التاريخية في نسخة الأهرام الصادرة في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ .

(٢) خطاب العرش الذي انتخب به دور الانعقاد الخامس في ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ ، وخطاب العرش الذي انتخب به دور الانعقاد السادس في ١١ يناير سنة ١٩٣٠ .

الملكي الصادر في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٠ بوضع النظام الدستوري الجديد للدولة المصرية ؛ ثم عرضت هذه القوانين على مجلس البرلمان في دور انعقاده الأول (السابع باعتبار أديار المجالس السابقة) عملاً بالمادة (٥) من الأمر السابق الذكر ، فاستكملت بذلك قوتها .

وقد جاء في خطاب العرش الذي افتتح به البرلمان دور انعقاده في ٢٠ يولييه سنة ١٩٣١ ما نصه : « وكذلك أنشئت محكمة النقض والإبرام فسد بذلك نقص في النظام القضائي كانت الحاجة ماسة إلى سدّه ، وفيما يترتب على إنشائها وتمحيص المسائل القانونية الخير العظيم للقضاء . »

وقد استبعد بإنشاء محكمة النقض والإبرام أمران : أولهما فتح باب الطعن بالنقض في المواد المدنية ، وكان فيما قبل غير معروف في القضاء الأهلي ؛ وثانيهما وجود محكمة مستقلة بذاتها هي أعلى من محكمة الاستئناف ، بحيث يؤول إليها ما كان لمحكمة استئناف مصر من اختصاص بنظر الطعون في المواد الجنائية وما كان لها من اختصاصات أخر باعتبارها المحكمة العليا في النظام السابق . وقد استغنى بمحكمة النقض عن نظام الدوائر المجتمعة ، فنصت المادة ٣٣ من قانون إنشاء هذه المحكمة على إلغاء المادة ٣٧١ من قانون المرافعات^(١) .

(١) وقد أدخل قانون إنشاء محكمة النقض تعديلاً يسيراً في الطعن الجنائي حيث أضاف للمادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات ، فقرة جديدة تميز للتمم أن يرفع حصاً عن الأحكام الصادرة في الاختصاص دون انتظار صدور الحكم في الموضوع متى كان الدفع به مبنياً على عدم ولاية المحاكم الأهلية فقط . وذلك لأن قضاء محكمة النقض قد كان جارياً على أن الطعن بطريق النقض لا يصح رفعه عن الحكم الصادر في الاختصاص إلا إذا رفع في الوقت ذاته عن الحكم الصادر في الموضوع ، فزوى أن يكون من الأوفق إجازة رفع طعن مستقل في هذه الحالة وأن يعمل موقفاً للإجراءات كيلا تحكم محكمة غير مختصة أصلاً بقتاب جنائي ينفذ قبل أن تفصل محكمة النقض في أمر الاختصاص . كذلك أدخل نظام فرض كفالة تودع عند رفع الطعن عن الأحكام الصادرة بالترامة وفي الدعاوى المدنية الناجمة للدعاوى الجنائية وأجاز الحكم بمصادرتها إذا لم يقبل الطعن أو حكم برفضه .

ب — في فرنسا

١٥ — وضع الشارع المصرى نظام الطعن بطريق النقض على مثال النظام الفرنسى ، وفصل أحكامه فى قانون مايو سنة ١٩٣١ بعد أن استخبر كنهه وجوئل ما شاء فيما كتبه الفقهاء الفرنسيون ، وقضت به محكمة النقض الفرنسية ؛ فأخرجه على صورة سوية لما بلغه النظام الفرنسى من التطور والرقى فى العصر الحاضر ، فصار النظام المصرى متصل النسب بالنظام الفرنسى . ولهذا السبب قد رأينا أن تقدم قرائنا — فى صدر كتابنا هذا — تاريخاً مختصراً للنظام الفرنسى نبصرهم به كيف نشأت فكرة الطعن فى الأحكام بطريق النقض ، وكيف تدرجت وظهرت أحوال الطعن المعروفة الآن ، ولما كانت ولاية نقض الأحكام إلى حين إنشاء محكمة النقض ، وكيف سارت هذه المحكمة فى حدود لأئحة إنشائها ، وكيف أبطأت ولا تزال تبطئ فى الخروج عن هذه الحدود الضيقة بما تعالجه من طرق التفسير فنقول :

١٦ — **عهد القانون القديم** : لعل أصدق ما قيل فى تاريخ ظهور الطعن فى الأحكام بطريق النقض فى فرنسا ، أن الفكرة فى هذا النوع من الطعون فى الأحكام الانتهاية لم تظهر للنظر الفقهى إلا منذ القرن الرابع عشر ، حين أدرك الفقهاء إمكان القول بتولى الملك إقامة العدل بنفسه اعتباراً بما استبقاه بين يديه من ولاية الحكم بين رعيته ، بعد الذى وزعه من هذه الولاية على من اختارهم من القضاة والحكام ليحكموا باسمه بين الناس ، وحين وضعوا بقولهم هذا نظريتهم التى أطلقوا عليها اسمها المشهور فى الفقه الفرنسى : *(La théorie de la justice retenue)*

ومحصل هذه النظرية أن الملك هو ولى الأمر كله ، وصاحب ولاية القضاء والحكم كلها ، وأنه — مع انصرافه من عهد بعيد فى التاريخ عن تولى القضاء

بنفسه بين رعيته اكتفاء بمن ولّاهم الحكم والقضاء ، لم يتدخل في واقع الأمر عن ولاية القضاء كلها لهؤلاء ؛ بل استبقى لنفسه ما يسمح له التدخل في أعمال الولاية والقضاء بما كان يصدره من التوقيعات^(١) على ما كان يرفع له من الشكاوى والمظالم ، إما بوقف إجراءات المرافعة في بعض القضايا القائمة أمام المحاكم أو بتعديل السير فيها ، وإما بانتزاعها وإحالتها إلى مجلسه الخاص ليفصل فيها هذا المجلس باسمه مباشرة^(٢) .

وتدخل الملك في هذه الشؤون بإصدار تلك التوقيعات وإن كان لا يصح اعتباره في ذاته مبدأ ظهور تولى الملك بنفسه نقض الأحكام الباطلة أو المخالفة للقانون ، إلا أن ثقات المؤرخين قد ذهبوا إلى أن فكرة نقض الأحكام نشأت عن هذا التدخل بعد تأصيله وتقريره في النظر الفقهي . ذلك بأن تعدد البرلمانات (المحاكم العليا) في الأقاليم في القرن الخامس عشر وتمتع كل منها بسلطة مساوية لغيره ، ووقوع النزاع بين بعضها وبعض في الاختصاص ، وصدر حكامين متناقضين في القضية الواحدة من برلمان واحد أو من برلمانين ، ورد جميع قضاة البرلمان الواحد المختص بنظر الدعوى — كل ذلك كان من شأنه أن يضطر المتقاضين إلى اللجوء إلى الملك ليصدر توقيعاته إلى مجلسه الخاص بتعيين البرلمان المختص (par un règlement de juges) أو بنقض أحد الحكامين المتناقضين ، أو بانتزاع القضية من قضائهم المختصين بها الذين صار ردّهم ، وإحالتها إلى ذلك المجلس ليحكم فيها .

من هنا ظهر مبدأ التشكي في الأحكام وفي القضاة للملك صاحب السلطة

(١) راجع في شرحها « إسمين » في كتابه « تاريخ القانون الفرنسي » ص ٤٨٤ وما بعدها (الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩١٢ ، وص ٤٢١ من طبعة سنة ١٩٢٥) .

(٢) ومن هذه التوقيعات توقيع الملك بالقوة أو عن الجرعة (lettre d'amnistie, de grâce) . ولإمهال المحكوم عليه بالدفع لحين ميسرته (lettre de repit) وبجس من يتوقع منه خطر على الدولة أو على ذات الملك (lettre de Cachet) . (دلاجراسرى ص ٥ و ٦ من مؤلفه : وظيفة محكمة النقض في القانون الثامن) .

القضائية العليا في الدولة، ثم نظم التشكي المبني على التنارع في الاختصاص بالأمر الملكي الصادر في يولييه سنة ١٤٩٣ ، ثم بالأمر الملكي الصادر في أغسطس سنة ١٦٦٩ . وكذلك نظم الطعن المبني على تناقض الحكيم بالإرادة الملكية الصادرة في مارس سنة ١٥٤٥ ، وبالأمر الملكي المعروف بأمر أورليان الصادر في سنة ١٥٦٠ ، ثم بالأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٢٩ ، ثم بالأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٦٧ . وهو الذي فرق بين تناقض الحكيم الصادرين من برلمان واحد ، وتناقض الحكيم الصادرين من برلمانين مختلفين ؛ فكان للنظم في الصورة الأولى أن يطلب نقض الحكم من البرلمان الذي أصدر الحكيم بطريق الادعاء بالخطأ في واقع الدعوى^(١) (par voie de la proposition d'erreur) أو بطريق الالتماس (المادة ٣٨ من الأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٢٩) ، وكان عليه في الصورة الثانية أن يرفع الأمر إلى المجلس العالي (Le Grand Conseil) بطريق الادعاء بالخطأ في واقع الدعوى (المادة ٣٤ من الباب الخامس والثلاثين من الأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٦٧)^(٢) . أما رد جميع قضاة البرلمان الواحد لمنعه من نظر الدعوى المختص هو بها فقد كان يستوجب لذاته وقف الفصل فيها حتى يصدر الملك حكمه في الرد . لكنه كثيراً ما كان يتصدى للفصل في موضوع الدعوى . فإن رأى البرلمان عدم جدية الرد وفصل في الدعوى كان للملك عند فصله في الرد أن ينقض الحكم الذي فصل في الدعوى ويقضى هو فيها قضاءً جديداً^(٣) .

ثم كان للملك في تلك الأيام توقيعات أخر (Lettres de chancellerie) ،

(١) كانت يراد بخطأ الحكم في واقع الدعوى (erreurs de fait) الخطأ المترتب على جهل القاضي أو على جوره (جارسونه ج ٦ فقرة ٣٣٧ ص ٥٩٥) ، وكان للملك أن يغش الخصوم أو من وكلائهم طعن آخر هو طريق الالتماس إعادة النظر ، ولذلك كانت التوقيعات الخاصة به تسمى : (Lettres en formes de requête civile)

(٢) مارتو ص ٣٩ هامش ١ و ٢ .

(٣) مارتو ص ٤٠ هامش ١ .

منها ما كان يوقف السير في الدعوى لغياب بعض خصومها في أداء مهمة من مهمات الدولة خارج فرنسا (Lettres d'Etat) ، ومنها ما كان بانتزاع القضية من البرلمان المخصص بها ليحكم فيها الملك بنفسه (Lettres d'évocation) ، ومنها ما كان لتمييز بعض كبار الموظفين بإخراج قضاياهم من ولاية المحاكم العادية وإعطاء الاختصاص فيها لمجلس سام (Lettres de Committimus)

فإذا عصى البرلمان أمر الملك الصادر إليه في هذه الشؤون ، ومضى في نظر الدعوى وفصل فيها ، كان جزاؤه أن ينقض الملك الحكم المخالف لأمره . وبهذا ظهر في الوجود أصل حق الملك في نقض الحكم المخالف لأمره الخاص الصادر للبرلمان بصدد قضية خاصة أو ذات معينة من ذوات الدولة^(١) .

١٧ — ولما ابتدأ الملوك في التقنين في القرن السادس عشر أخذوا يحرصون فيما كانوا يصدرونه من أوامره على النص على بطلان الأحكام التي تقع مخالفة لتلك الأوامر أو نقضها (المادة ٣٠ من الأمر الصادر في يناير سنة ١٥٦٣ ، والمادة ٦٨ من الأمر الصادر في فبراير سنة ١٥٦٦)^(٢) . ثم عمم هذا الجزاء في الأمر المشهور باسم امردى بلو (Ordannance de Blois) الصادر في مايو سنة ١٥٧٩ ، فقد نصت المادة ٢٠٨ منه على بطلان الأحكام التي يخالف فيها التقضاة الأوامر الملكية مهما كانت علة عدم الأخذ بها^(٣) ، ثم كرر هذا النص في الإرادة السنية المدونة بإرادة روان (L'Edit de Rouen) الصادرة في سنة ١٥٩٧^(٤) ، وفي الأمر الملكي الصادر في يناير سنة ١٦٢٩ ، وأخيراً في الأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٦٧ (المادة الثامنة من الباب الأول منه)^(٥) . ومن ينعم النظر في هذه الأوامر الملكية التي لم تكن تحتوى إلا ما أمرت باتباعه من قواعد

(١) مارتى ص ٤١ هامش ١ . (٢) مارتى ص ٤٢ هامش ١ و ٢ .

(٣) راجع نص هذه المادة في فوستان هيلي ص ٣٤٥ ج ٨ .

(٤) راجع نص المادة ١٨ من هذا الأمر في فوستان هيلي ص ٣٤٥ ج ٨ .

(٥) ونص هذه المادة عن مارتى ص ٤٢ هو : —

الإجراءات والمرافعات أمام جهات القضاء المختلفة ، يخرج بفكرتين أساسيتين تتميز بهما حال النقض المعروف في ذلك العهد القديم عن النقض الحالي المعروف الآن . أولاهما أن النقض القديم كان جزاءً على مخالفة تلك القواعد الشكلية المبينة بهذه الأوامر الملكية فحسب (إذ الملوك لم يكونوا لهذا العهد قد اشتغلوا بالتقنين في القانون الخاص بأحكام المعاملات) ، والثانية أن الملك كان هو الذي يتولى توقيع هذا الجزاء على اعتبار أنه صاحب السلطة التشريعية التامة وأن من حقه — استكمالاً لهذه السلطة — أن يوجب على القضاء احترام جميع ما يصدره من القوانين والأوامر ، وأن يجازيهم على ما يصدرونه من أحكامهم المخالفة لتلك القوانين . ولهذا كان الأشكل بهذا النظام الخاص أن يعد من نظم الحكم السياسية ، لا من النظم القضائية كما هو معدود الآن ^(١) .

١٨ — على أن ظهور فكرة أن الملك هو صاحب الحق في نقض الأحكام المخالفة لأوامره ، وأنه يتولى قضائها من تلقاء نفسه ، ما كان ليمنع خصوم الدعاوى من تبليغه هذه المخالفات ليقوم هو بنقض الموج من الأحكام . لكن هذا التبليغ بقي زمناً طويلاً بعيداً عن أن يعتبر طريقاً من طرق الطعن في الأحكام يسلكه الخصوم من تلقاء أنفسهم على أنهم أصحاب الشأن فيه كما هو الآن . ويؤكد ثقات المؤرخين أن مجلس الملك كان يتمتع في مبدأ الأمر من قبول تبليغات خصوم الدعاوى عما وقع فيها من مخالفات لأوامر الملك ، ويميلون إلى أن فكرة قيام الخصوم بأنفسهم بطلب فسخ الأحكام عنهم ، لم تأخذ حظها من الظهور والوضوح إلا في

« à tous.. juges, magistrats, officiers et autres juges tant seigneurs ecclésiastiques que séculiers de les garder et faire garder tant es jugements de procès qu'autrement, sans y contravenir ni s'en dispenser pour quelque raison et sous quelque prétexte que ce soit, d'équité ou autrement, déclarant les jugements, sentences et arrêts qui seront donnés contre la forme et teneur d'icelles nuls et de nul effet et valeur. »

(١) كما يقول مارتو أنه « une institution d'ordre à peu près exclusivement »

politique » ص ٤٣ .

النصف الثاني من القرن السادس عشر ، حين ازداد نشاط الملك في التشريع وتمذرت عليه رقابة القضاة بنفسه في تطبيق ماسن من القوانين ، ودعت الحاجة إلى السماح للخصوم برفع طعونهم للملك تمكيناً له من القيام بهذه الرقابة وتوقيع الجزاء على مخالفة الأحكام لأوامره . ثم تطور الحال في العمل — تحت تأثير هذه الحاجة وإلحاح الخصوم أنفسهم — في أواخر القرن السادس عشر وأوائل القرن السابع عشر ، فقرب اللجوء إلى الملك بالشكوى من أن يصير طريقاً منظماً من طرق الطعن في الأحكام ، يسلكه الخصوم ما اقتضت مصلحتهم سلوكه ^(١) .

١٩ — وتنظيم هذا الطريق ، طريق الشكوى للملك ، قد سار كذلك خطوة خطوة منذ القرن الرابع عشر . وقد كانت بدايته أن أوجب على الشاكي أن يرفع شكواه إلى الملك ، فإذا شاء الملك أحال الشكوى إلى جماعة المفتين القائمين بالخدمة بين يديه ، فإن أشاروا بقبولها أصدر الملك أمره للبرلمان الذي أصدر الحكم بوقف تنفيذه ، ولجلسه الخاص بإعادة النظر في الحكم (par lettres de revision) . ولما كثرت التشكى على القضاة وأخذ أرباب المظالم لا يفصلون وجوه مظالمهم مكتفين باسترحام الملك ليوقع لهم بوقف تنفيذ الأحكام وإعادة النظر في دعاوهم من جديد ، أصدر الملك في سنة ١٣٣٩ أمراً ملكياً أوجب به على كل شاك تفصيل ما يعترض به على الحكم الذي يطلب مراجعته في طلب يرفعه للملك على صورة عريضة (une requête) يلتبس فيها التوقيع بإحالة مظلمته إلى المجلس الخاص ليصدر حكمه في الدعوى من جديد ، وجعل لهذا المجلس — متى رأى عدم صحة الشكوى — الحق في إلزام راضها بقرينة للخرانة وبتضمينات لخصمه . وقد كان مجرد توقيع الملك بالإذن بتقديم الشكوى للمجلس الخاص كافياً لوقف تنفيذ الحكم المشكوك منه ^(٢)

ثم جاء الأمر الملكي الصادر في سنة ١٣٤٤ فأوجب على من يلتبس إذن

(١) مارتن ص ٤٧ و ص ٤٨ . (٢) راجع كلوبنتيهقرة ٣ و ٤ لفاية ١١ .

الملك بمراجعة الدعوى للحكم فيها من جديد أن يفصل وجوه اعتراضه على الحكم في ورقة مستقلة يلحها بطلبه ، فإذا شاء الملك أحال الشكوى إلى من يختارهم من رجال الإفتاء للمعنيين بمجلسه الخاص (les maîtres des requêtes) . فتى رأوا جدية الشكوى واحتمال قبولها لدى المجلس وقع الملك بتقديمها إلى مجلسه الخاص ليفصل فيها . ومن مزاي هذا الأمر الملكي أنه نص على أن توقيع الملك بالإذن لمجلسه بمراجعة الحكم والدعوى لا يوقف تنفيذ الحكم كما نص على أن طلب الإذن بمراجعة الأحكام التمهيدية غير مقبول .

ومن هذا العهد ظهر في النظام الفرنسي أصل وجوب تقديم الطعن بطريق النقض على صورة عريضة يفصل فيها رافضها أسباب طعنه ، وأصل وجوب بحث الطعون وتصنيفها مبدئياً على يد مفت يستبعد منها ما يكون غير مقبول أو واجب الرفض ، ويحيل ما يستحق النظر والبحث إلى المجلس المختص كذلك ، وأصل تفريم من لا يقبل طعنه ، أو يرفض الترامة القانونية^(١) .

ثم استشرع الملك أن كثرة التشكي من القضاة قد غض من هيبته واحترامهم فأذاع في أمره الملكي الصادر في سنة ١٥٧٩ أن الأحكام الصادرة من مجالس الأحكام تكون لها حرمة الأحكام النهائية الواجبة التنفيذ فلا تنقض ولا تعطل إلا بالطرق القانونية وبالأوضاع المبينة بالأوامر الملكية^(٢) ، ثم كرر هذا في نطقه السامى في يناير سنة ١٥٩٧ ، وأضاف إليه أن ليس من شأن إذن الملك بالطعن ولا من شأن تقديم الطعن نفسه إلى المجلس أن يؤخر أو يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه^(٣) .

(١) الرجوع للمقدم فقرة ١١ لاية ١٦ .

(٢) اقرأ نص المادة ٩٢ منه في مارتى ص ٤٥ .

(٣) كلارنتيه فقرة ١٧ والنص هكذا :

٢٠ - أما الأوامر الملكية الصادرة بترتيب مجلس الملك وتنظيم كيفية تقديم الطعون إليه والفصل فيها من لدنه فأهمها الأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٦٧ وهو الذي أبطل الطعن في الأحكام لخطئها في فهم الواقع في الدعوى (les propositions d'erreur) واستبدل به الطعن في الأحكام لمخالفتها لنصوص الأوامر والإرادات والتصريحات الملكية^(١) (Contre la disposition des ordonnances édits et declarations) والأمر الملكي الصادر في ١٤ سبتمبر سنة ١٦٨٤ من مجلسه الخاص للبين لكيفية الطعن في الأحكام أمام هذا المجلس والأمر الملكي الصادر في ٢٨ يونيه سنة ١٧٣٨ الجامع لما سبقه من الأوامر ، الشامل لاختصاص مجلس الملك ، وما يجب اتباعه أمامه من الاجراءات ، وقد نشره ربروار دالوز بهامش ص ٥ ، وعنى بالنص في ذيل كل صحيفة على ما أُلتي منه^(٢) .

٢١ - أما تاريخ أحوال الطعن فنقول فيه إنه بعد أن كثرت الأوامر الملكية المنظمة لقواعد الاجراءات والمرافعات أمام المحاكم المختلفة ، واتسع قضاء مجلس الملك ، لوحظ أنه على الرغم من أن القانون ما كان يعرف وقتئذ إلا حالة واحدة من أحوال الطعن هي مخالفة الأحكام لأوامر الملك وإراداته كان بعض الطعون يبنى على التناقض بين الأحكام ، وبعض آخر يبنى على كون الحكم المطعون فيه قد قضى بما لم يطلبه الخصم أو بأكثر مما طلب ، وطعون أخر كانت تبنى على مخالفة قواعد الاختصاص . وكان قهاء ذلك العهد يفرقون بين بطلان

— reçus, exécutés gardés et entretenus avec le respect qui convient. Et confirmant nos anciennes ordonnances, Déclarons, que les dits arrêts ne pourront être cassés, ni retractés sinon par les voies de droit et formes portées par nos ordonnances. n'en sera aussi l'exécution des dits arrêts suspendue ou retardée par lettres ou requêtes présentées à notre Conseil.

(١) كاربنتيه قرة ٢٢ .

(٢) راجع ملخص هذه الأوامر في قرة ٢٩ من كاربنتيه .

الحكم ليعيب في شكله أو في الاجراءات السابقة له ، وبين مخالفة الحكم للأوامر الملكية^(١) .

ولما أخذ الملوك في القرن السابع عشر والقرن الثامن عشر في وضع قواعد القانون الخاص ، عدولاً منهم عن العادات المختلفة الغالبة التي كانت لا تعرف البلاد غيرها ، اتسعت أحوال الطعن فأصبح الناس يبنون طعونهم في الأحكام على مخالفتها لتلك القواعد أو لما جرى به العمل من قواعد القانون الروماني أو لما ثبت عليه قضاء المحاكم — شهد بذلك أجنسو (Agnesseou) ودينازارت (Denizarti) وفيريير (Ferrière) وجولي دفليري (Joly de Fleury) .

أما قواعد القانون الروماني والعادات الجارية (les coutumes) التي جمعت وصدق عليها الملك فقد كانت تعتبر من قواعد القانون المسنون في البلاد التي كان يحكم فيها بهذا القانون^(٢) (les pays de droit écrit) .

أما القواعد القانونية التي ثبت عليها القضاء واطمأن إليها نظام الأسرة والنظام العام (qui tient au repos des familles et à l'ordre public) فقد شهد دينازارت بأنها كانت تعتبر — لهذه العلة — جزءاً من القانون ، مستنداً في ذلك إلى حكم أصدره مجلس الملك في ١٣ فبراير سنة ١٧٦٧ تقضى به حكماً أصدره أحد البرلمانات في ١٧ مايو سنة ١٧٦٢ ، مخالفاً فيه ما استقر وثبت من أحكام القضاء في مسألة تتعلق بنظام الأسرة وقواعد الإرث^(٣) . وأما مخالفة ما كانت تضعه جمعيات القضاة العمومية في البرلمانات من القرارات على صورة اللوائح العامة للعمل بها أمامها فلم تكن تعتبر سبباً للطعن في الأحكام^(٤) .

٢٢ — وكان يشترط لقبول الطعن المبني على مخالفة الأوامر الملكية

(١) مارتى ص ٤٩ وهامش ٣ و٥٠ .

(٢) مارتى ص ٥٠ وهوامشها .

(٣) مارتى ص ٥١ وهامش رقم ٢٠١ .

(٤) مارتى ص ٥١ وهامش رقم ٢٠١ .

أو ما التحقق بها من القواعد الواجبة وجوب القانون ، أن تكون المخالفة بين نص الحكم المطعون فيه وبين نص القاعدة القانونية التي أخذ بها هذا الحكم ، مخالفة ظاهرة حرفية (Claire et littérale) تجعلهما في حكم المتضادين ، ينفي أحدهما الآخر^(١) ولا يجتمعان . ولهذا كان مجلس الملك يقضى ضمناً بعدم قبول الطعن المبني على خطأ الحكم في تطبيق القانون (fausse application) متى تبين له أنه لم يكن بين نص الحكم وبين نص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ذلك التضاد المؤذن بفساد الحكم ووجوب نقضه . وذلك إما حلاً على أن قاضي الدعوى قد حكم فيها متأثراً بظروفها وملابساتها ، ومستيقناً أنه لم يعشب بالقانون ، إذ ليس ثمة قاعدة قانونية أمامه كان يجب الأخذ بها في الدعوى ، وإما على أن هذا القاضي قد رأى أن القاعدة القانونية لم تصادف في الدعوى محلاً لتطبيقها^(٢) .

وكذلك كان يقضى برفض الطعن المبني على خطأ الحكم في تفسير القانون ، لأن المادة السابعة من الكتاب الأول من الأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٦٧ كانت تحرم على القضاة النظر في أعطاف القانون وأخثائه ومطوياته ومكاسره استمجاراً للأحكام الفرعية منه ، وتوجب عليهم — إذا غم النص — رفع الأمر للملك ليبصرهم بما هو وراء علمهم وفوق طوق إدارتهم مما وسعهم علماً أو أحاط به خبراً^(٣) . اعتبر في ذلك بحكم مجلس الملك الذي أصدره في ٢٧ يولييه سنة ١٦٦٨ ينقض به حكم برلمان برودو ، لا لأنه وقع منه خطأ في تفسير القانون ، بل لمجرد أنه أقدم على تفسيره^(٤) .

٢٣ — تقول وعلى الرغم مما جاء بالأمرين الملكيين الصادرين في سنة ١٥٧٩ ، وفي سنة ١٥٩٧ وبغيرهما من الأوامر الملكية من العبارات الدالة على جواز الطعن في الأحكام بطريق النقض وعلى قيام مجلس الملك بنقض الأحكام

(١) وقد أورد مارتى بفقرة ٢٨ ص ٥١ نص هذه القاعدة عن تولزان ص ٢٦١ .

(٢) مارتى ص ٥٢ . (٣) مارتى ص ٥٢ . (٤) مارتى ص ٥٢ .

المعية ، فإن ثقات المؤرخين لا يزالون يقررون أن حق الخصوم في الطعن في الأحكام لمجلس الملك قد بقي غير مسلم به على الأقل من الجهات الرسمية حتى النصف الأخير من القرن الثامن عشر ، وأن قيام الملك بإبطال الأحكام أو نقضها كان معتبراً في نظر فقهاء ذلك العصر من وظائف الحكم التي يتولاها الملك في سبيل المصلحة العامة تأييداً لسلطته الشرعية وتمكيناً لها عند القضاة والمتقاضين وإن كان خصوم الدعوى هم الذين كانوا يرفعون عادة ظلاماتهم إلى الملك بالأوضاع المعروفة كما اقتضت مصالحهم الطعن في الأحكام — لا يزال المؤرخون يقررون هذا ويقولون إن طريق الطعن هذا لم يكن ميسراً للخصوم كما هو الآن ، إذ كان يجوز للملك أن ينقض الحكم ولا طاعن فيه ، أو أن يرفع له الطعن ولا يوقع بتقديمه للمجلس ^(١) ،

(١) وقد استشهد هؤلاء الثقات المؤرخون على صحة ما قرروه بما جاء في المتن بما كتبه الفقهاء الأتوميون من مثل جولي دي فليري (Joly de Fleury) وجيلبري دي فوران (Gilbert des Vossins) ، وجيوت (Guyot) شرحاً لحال مجلس الملك وتفصيلاً لوضايفه من أن مجلس الملك إنما كان يتولى نقض الأحكام لأصلحة المتقاضين بل تمكيناً وتأيداً لسلطان الأوامر الملكية . (la cassation a été introduite plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables. — La cassation est moins un acte de juridiction que de puissance) (راجع مارتى ص ٤٨ قلا عنهم) .

واستشهدوا كذلك بما وقع في أيديهم من قرارات مجلس الملك كقوليه على لسان الملك في قرار أصدره هذا المجلس في ٨ يولي سنة ١٦٦١ إن الملك إنما أنشأ مجلسه العالي فوق هذه البرلانات ليكون على عينه ما يحصل في جميع جهات الحكم ولإدانتها بالطاعة له فيما يصدره من أوامر وأحكام وألزمها بأن تقدم له تقريراً عن أعمالها (Avec un rapport de tout à la suprême autorité du Conseil qu sa Majesté a établi pour avoir l'œil sur toutes les autres juridictions) (كارنتيه فقرة ٢٠ ، ٢١)

وكقوليه أيضاً في قرار أصدره هذا المجلس في ٣١ يناير سنة ١٦٦٩ ، إن ولاية الملك في نقض الأحكام المعية إنما هي خصوصية له لاحق فيها لأحد من المتقاضين ، فله ألا ينقض الحكم أياً كانت مخالفة هذا الحكم لأوامره الملكية . Le roi considère si bien qu la cassation est une prérogative qui lui est personnelle et non un droit acquis aux partis; que par cet arrêt il « remet les contraventions faites jusqu'au jour de l'arrêt et ordonne l'exécution de tous les arrêts jugements et sentences rendus en dernier ressort quelques contraventions à l'ordonnance que l'on puisse alléguer » (مارتى ص ٤٨ وهامش *) .

وجاء في قرار آخر أصدره مجلس الملك في ١٨ ديسمبر سنة ١٧٧٥ أن الغاية من نقض الأحكام إنما هي تمكين لصاحب السلطة التشريعية في سلطته هذه وتأيداً لا أصدر من أوامر =

وأن الأحكام التي كان يصدرها مجلس الملك كانت أشبه بالأوامر التي يصدرها بسلطة الحكم ولذلك كانت تسمى : (arrêts de commandement) ^(١) .

٢٤ — ويؤكد المؤرخون أن نظام التشكي من الأحكام لم يبق قبيل الثورة الفرنسية ، على ما كان عليه من قبل ، وسيلة من وسائل الحكم والسلطان يعاقب بها الملك محاكمه إذا خالفت أوامره أو إراداته أو تصريحاته مخالفة حرفية ظاهرة كما سبق تفصيله ، بل إنه تطور حتى أوشك أن يصير طريقاً من طرق الطعن في الأحكام يسلكه الخصوم متى رأوا فيها مخالفة للقانون ^(٢) أو خطأ في تطبيقه ^(٣) أو جوراً ظاهراً ^(٤) (une inéquité evidente et manifeste) . على أنه مهما يكن مبلغ هذا التطور فإن مجلس الاخصام الذي انشعب من مجلس الملك ^(٥) ، وآلت إليه ولاية النظر في الطعون الخاصة بالأفراد ، قد بقي

== يقتضى هذه السلطة Elle n'est qu'un remède qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative et des ordonnances (مارق المرجع السابق) .
(١) مارق ص ٤٩ وهامش ١ . (٢) مارق ص ٥٣ و ٥٤ و ٥٥ .

(٣) ويهل مارق عن بوتاريك (Boutaric) عن مؤلفه Explication de Pardon-nance de Louis XIV sur les matieres Civiles أن مجلس الملك كان يبطل الحكم وينقضه إذا تبين من حالة الدعوى أن الحكم لم يتبع نص أمر الملك أو إرادته أو نطقه ، ثم يستشهد مارق بما جاء بحكم أصدره مجلس الملك في ٢٨ مايو سنة ١٦٦٨ من إعادة البعث فيها بمجلس الحكم للمطعون فيه خاصة بما إذا كانت الأشياء المدعى رهنها رهن حيازة تدخل أولاً تدخل فيما يجوز رهنه تطبيقاً للأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٦٧ في هذا الشأن (مارق ص ٥٣ وهامش ٢ و ٣) .

(٤) ويستشهد مارق على جواز الطعن بجور الحكم جوراً ظاهراً بحكم أصدره مجلس الملك في ١٧ يونيو سنة ١٧٠٦ (مارق ص ٥٤ هامش ٢) وبحكم آخر أصدره في ١٥ يناير سنة ١٧٢٧ ، وبما كتبه الماريشال دي فيلار وزير النبوة في ذكرياته (مارق ص ٥٤ هامش ٣) .
(٥) مارق ص ٥٥ وهامش ٢ ، انشعب من مجلس الملك عدة شعب : المجلس السالي (le Grand Conseil) ، وقد صار مجلس قضاء دائم للفصل في طلبات النقض البنية على تناقض الأحكام . ومجلس الأمور المالية (le Conseil des Finances) ، وكان يختص بنظر الطعون البنية على مخالفة الأوامر الملكية فيما كان من شؤون النبوة ، أو ما تعلق منها بالراحة العامة (le repos public) ، ومجلس الأخصام لنظر الطعون الخاصة بالأفراد (le Conseil des parties)

وقد رجع مارق في ذلك إلى دي رويبر (De Royer) في مؤلفه :
(Des origines et de l'autorité de la Cour de Cassation) .

زمامه بيد الملك وسلطته المطلقة فلم يَدن منزلته من منزلة مجلس التفرض الذى خلفه فى الاطمئنان على سير العدالة والابتعاد عن الحماة والانتقام ، ولا كذلك منزلة أحكامه الغير المسببة من أحكام خلفه المطرزة بأحسن الأسباب القانونية ولهذا ولقداحة المصاريف والفرامات قلت الطعون وصار ما يصدره ذلك المجلس من الأحكام بعيداً عن أن يؤثر فى تقدم الدراسات الفقهية أو فى جمع كلمة القضاء على قول واحد فى المسائل المختلف فيها^(١) .

٢٥ - عهد الجمعية التأسيسية ومجلس التفرض : ولما أطلقت الثورة الألسنة بالمناداة بسلطة الأمة بأنها مصدر السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ، وأن لكل سلطة حدوداً وفواصل ، وأخذ زعماء الثورة ونواب الشعب فى جمعيتهم الوطنية (l'Assemblée Nationale) وفى الجمعية التأسيسية (L'Assemblée Constituante) يعرضون مناهج السياسة على المشورة ، ويقبلون نظم الإصلاح على وجوه الرأى ، أصدرت الجمعية الوطنية مرسوماً فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٧٨٩ رخصت به لمجلس الملك — إلى حين وضع النظام القضائى الجديد — فى الفصل فى القضايا القائمة أمامه على ما كان العمل جارياً به لديه إلا ما كان له من حق التصدى للفصل فى موضوعات القضايا التى كان له أن ينزعها من يد قضائيات المختصين ، قد حرم عليه هذا الحق منذ صدور هذا المرسوم^(٢) . ولما جاء أوان المناقشة فيما ينبى أن يكون عليه نظام قرض الأحكام فتح بابها النائب بارير

(١) ويتشهد مارق فى ذلك بإحصاء ذكره النائب جوسان (Gossin) فى خطابه البرلمانى يوم ١٢ أغسطس سنة ١٧٩٠ إذ قال : إن المواد المختلفة التى كان ينظرها مجلس الملك فى السنة تبلغ نحو ثمانمائة مادة ، منها مائة وخمسون طلباً للتفرض ، ومن هذا العدد الأخير عشرة ملون فقط بمخها المجلس وحققها بحضور المصوم (راجع مارق ص ٥٦ هامش ٣) .

(٢) ريرتوار فالوز بقرة ١٢ ص ٢٢ . وإقرأ فى جلاسون وتيسيه ج ١ من ص ٤٠ لاية ص ٥١ تاريخ ما أصدرته الجمعية التأسيسية من التشريعات المختلفة الهامة الخاصة بالنظام القضائى الجديد وعلى الأخص قانون ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ الخاص بترتيب المحاكم الجديدة وتحديد درجات بعضها بالنسبة لبعضها الآخر .

(Barrère) بالسؤال عما إذا كان ينبغي أن يكون للدولة قضاة يتولون نقض الأحكام منتقلين من إقليم إلى آخر ، أم ينبغي أن يكون لها مجلس مستديم ، وهل يكون هذا المجلس وحدة من وحدات النظام القضائي أو يكون تابعا للسلطة التشريعية ، وهل يكون واحداً أو أكثر من واحد ؟ وما يكون اسمه ؟ هل يطلق عليه اسم المجلس الوطني أو اسم مجلس المراقبة أو مجلس المراجعة أو مجلس النقض ؟ ولما استقر الرأي على أن يكون هذا المجلس الأعلى واحداً ومستديماً وتابعا للسلطة التشريعية وأن يطلق عليه اسم مجلس النقض والإبرام أصدرت بذلك الجمعية الوطنية مرسوماً في ١٢-٢١ أغسطس سنة ١٧٩٠ في مادة واحدة ^(١) ، ^(٢) .

٢٦ - وقد كان المأمول - وجل مقصود رجال الثورة هو تجميع القوانين وتوحيد العمل بها في البلاد - أن تجتمع الكلمة على إنشاء مجلس قضائي واحد يتولى نقض الأحكام المبنية على مخالفة القانون أو على الخطأ في تطبيقه أو في تأويله تحقيقاً لجمع كلمة القضاء في تطبيق القانون على قول واحد فتنفوز البلاد بالجنسين : توحيد القانون وتوحيد القضاء به . كان هذا هو المأمول . لكن المناقشة بين نواب الجمعية الوطنية فيما تساءل عنه (بارير) قد خيبت هذا الأمل ، إذ ظهر أن عدداً قليلاً منهم هو الذي كان يدرك أهمية تشكيل مجلس قضائي واحد ، يحقق للناس فكرة تأييد وحدة القانون ومنع القضاء من الخلاف فيه ^(٣) ، كما ظهر بجانب هذا

(١) نصها : (L'Assemblée nationale décrète que le Tribunal de Cassation :

sera unique et sédentaire auprès du Corps législatif) المرجع المتقدم الذكر .

(٢) وقد سمي هذا المجلس فيما بعد باسم محكمة النقض والإبرام (Cour de Cassation)

(راجع سيناتيس كونسيلت في ٢٨ ، فلورال سنة ١٢ ، أي قرار مجلس الشيوخ ، ١٨ مايو سنة ١٨٠٤ للنشور في ريرتوار دالوز ص ٣٦ فقرة ٢٥ .

(٣) من أشهرهم برناف (Bernave) ومن حججه التي أدلى بها في جلسة ٨ مايو سنة ١٧٩٠ أنه إذا لم يكن على رأس محاكم الاستئناف محكمة عليا أصبحت تلك المحاكم سيدة العدل وصارت تختلف في تطبيق القانون أيما اختلاف في القضايا المتأثلة (ماري ص ٥٩ وهامش عمدة ١) وكذلك ما قاله بجلية ١٨ نوفمبر سنة ١٧٩٠ (ماري ص ٥٩) . ويدهنك أن تعلم أن برناف هذا كان ممن يروهم أن يكون للدولة مجلس نقض مستديم فيطغي على السلطات كلها ولذلك =

العدد القليل من كان لا يتغى من تشكيل هذا المجلس إلا أن يكون مستقر الرأي فيما يعرض عليه من الطعون توحيداً لقضائه هو في مختلف المسائل القانونية، فكان بذلك بعيداً عن إدراك ما ندركه الآن من أن وظيفة محكمة النقض هي توحيد كلمة القضاء كله من طريق رقابتها على تطبيق القانون وفي كل دعوى وأمام أية محكمة من المحاكم^(١).

أما جمهور النواب فقد كانوا يعتقدون كفاية القانون في الإحاطة بجميع الحوادث ومختلف المنازعات، وكانوا يرون مهمة القاضي يجب أن تنحصر في تعرف القاعدة القانونية المنصوص عليها وفي تطبيقها تطبيقاً آلياً، بغير ما تفقه أو تأويل، على القضية المطروحة أمامه. ولذلك صرح كثير منهم بأن لا معنى عندهم لعبارة «توحيد قضاء المحاكم» وأن هذه العبارة كما كان لا معنى لها في النظام القديم كذلك ينبغي ألا يكون لها معنى ما في النظام الذي يراد استحداثه. ومن حججهم في ذلك أن الدولة واحدة، وما دام قانونها واحداً فقضاؤها يجب أن يكون واحداً كذلك، ولن يكون كذلك إلا إذا منعت المحاكم من تأويل القانون وتفسيره، وألزمت تطبيق القانون في القضايا المتماثلة تطبيقاً واحداً يشبه أن يكون آلياً، وإلا إذا كان هذا المجلس المزمع إنشاؤه محدوداً جهده ومقصورة غايته على حراسة القانون ومنع عدوان السلطة القضائية عليه بمخالفة نصوصه^(٢).

== كانوا لا يبتغون السلامة والاطمئنان إلا من مجلس متقل (كاربتيه فقرة ٦٨ و٦٩ و٧٠)، وكان الفضل كل الفضل لمرلان وكايرمون تونير في إقناع الجمعية بإنشاء مجلس متديم مستقر (راجع بعض أفوالهم في البديكت فقرة ٤٧).

(١) 'C'est à la jurisprudence du Tribunal de Cassation lui-même qu'ils pensent et c'est au sein de ce Tribunal qu'ils se préoccupent de réaliser une certaine Continuité de vue.'

(ملرقى ص ٥٩ وهامش ٣).

(٢) ومن أشهر هؤلاء روبيسير (Robespierre) و ليشاباير (Le Chapelier) و بريير (Prieur) و موري (Moury) و جويل برشلي (Goupil de Préfla) وقد هل مارقي بعض أفوالهم من المحاضر الرسمية ص ٦٠، ٦١، ٦٢.

ومن المأثور عن بعضهم أنه قال : إن هذا المجلس لن يكون في واقع الأمر مجلساً قضائياً (un organe juridictionnel) بالمعنى المعروف لهذا اللفظ في فقه النظام القضائي ، لأن نقض الأحكام لمخالفتها للقانون لا يمكن اعتباره من وظائف القضاء ، بل الأشبه به أن يكون من خصائص السلطة التشريعية وأن يتولاها بالنيابة عنها مجلس يكون تابعاً لها بحيث يلزم السلطة القضائية بالوقوف عند حدودها المرسومة في الدستور ^(١) .

٢٧ — ثم انتهت المناقشة وانتصرت الأغلبية ، وأصدرت الجمعية التأسيسية في ١٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ قانونها المنشئ "لمجلس النقض الجديد" ، على مثل ما أنشئ من أجله المجلس القديم تابعاً للسلطة التشريعية . وغاية ما استحدثته الجمعية التأسيسية أنها ، بعد أن حصرت سلطات الدولة في سلطاتها الثلاث وفصلت بين كل سلطة وأخرى وأشركت الأمة مع الملك في السلطة التشريعية ، اعتبرت أن المجلس الجديد لم ينشأ لحماية الملك وتأييده في سلطانه ، وإنما أنشئ "لصون القانون نفسه وحماية السلطة التشريعية من تجاوز السلطة القضائية حدودها المرسومة في الدستور" ^(٢) .

اعتبر في ذلك بما جاء بنصوص هذا القانون من حل مجلس الأخصام (المادة ٣٠) وإيداله بمجلس نقض (un tribunal de cassation) يكون تابعاً للسلطة التشريعية (auprès du corps législatif) (المادة الأولى) وإلزام هذا المجلس الجديد بتقديم تقرير سنوي عن أعماله للسلطة التشريعية على يد ثمانية من أعضائه (المادة ٢٤) ووجوب رجوعه إلى تلك السلطة إذا أصرت محكمة الاحالة الثالثة (بعد نقض الحكم الصادر في الدعوى مرتين) على الحكم في الدعوى وفق ما حكمت به محكمة الموضوع في الميتين الأوليين وبالرأى المخالف لرأى مجلس

(١) المرجع السابق .

(٢) نشر برتواز دالوز بنصوص هذا القانون بالهامش رقم ١ ص ٢٢ و ٢٣ .

النقض ، لتصدر في المسألة المختاف فيها مرسوماً تقريرياً بالحل القانوني (un décret déclaratoire de la loi) يصدق عليه الملك ، ثم يتبعه المجلس في القضية المطروحة أمامه (المادة ٢١)^(١) . واعتبر في ذلك أيضاً بما جاء بهذا القانون من وجوب انتخاب قضاة هذا المجلس انتخاب نواب المجلس التشريعي بشروط خاصة ، وإسقاط نصفهم بالقرعة كل أربع سنوات وقيام من ينتخب منهم عند كل تجديد بحلف يمين الأمانة للأمة أمام مندوبين اثنين من قبل الهيئة التشريعية ومندوبين آخرين من قبل الملك (المادة ٢٩)^(٢) ، وكذلك من إعطاء الحق لنائب الملك القائم بأعمال النيابة العامة لدى هذا المجلس في طلب نقض الأحكام لمخالفتها للقانون متى لم يظن فيها خصوم الدعوى في الميعاد المضروب لم (المادة ٢٥)^(٣) . اعتبر كذلك بما جاء في المادة الثالثة^(٤) من حصر الأحوال التي يجوز فيها الطعن في الأحكام النهائية لدى هذا المجلس في حالتين : (الأولى) إذا كان الحكم المظنون فيه قد خالف القانون مخالفة صريحة ، (والثانية) إذا كانت المحكمة

(١) اقرأ في تفصيل هذا الرجوع المسمى (le référé législatif) مقالنا المنشور في القانون والاقتصاد سنة ٢ تحت عنوان « محكمة النقض والابرام » ص ٨٠ و ٨١ .

(٢) ثم جعل دستور ٢٢ فريير سنة ٨ انتخابهم من القائمة الوطنية على يد مجلس الشيوخ ، ثم خول قانون ١٦ ترميدور سنة ١٠ الفصل الأول حق ترشيح ثلاثة لاختار مجلس الشيوخ واحداً منهم ، ثم أعطى دستور سنة ١٨١٤ (la charte) حق تعيين القضاة للحكومة ولم يقرر عدم قابلية عزلهم إلا بالأمر المؤرخ في ١٧ فبراير سنة ١٨١٥ .

(٣) لكن هذا القانون قد اعتبر مجلس النقض مجلداً قضائياً غير تابع للسلطة التشريعية في الفصل في النزاع على الاختصاص ، وفي رد جميع قضاة المحكمة الواحدة ، وفي طلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى (pour cause de suspicion légitime) .

(٤) ونصها : Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes : ont été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse à la loi. Et jusqu'à la formation d'un code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'Empire... Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires. Après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après (art. 3) .

التي أصدرت الحكم المطعون فيه لم تراعى ، في إجراءات المرافعات ، القواعد الشكلية التي أوجب القانون مراعاتها ورتب على عدم مراعاة بطلان الاجراءات^(١) ؛ فانك لو قارنت ما جاء بهذه المادة من قولها : « كل حكم يحتوى مخالفة صريحة للقانون » (tout jugement qui contiendra une contravention *expresse à la loi*) بما جاء في القانون القديم من كون مخالفة الحكم للأوامر الملكية ينبغي أن تكون ظاهرة وحرفية ، لأيقنت أن رقابة مجلس النقض التي أرادتها الجمعية التأسيسية هي الرقابة الضيقة التي لا تتناول تطبيق القانون ولا تأويله^(٢) .

٢٨ — وفي هذا القانون نصوص أخرى هامة . من أهمها الفقرة الثالثة من المادة الثالثة التي حرمت على مجلس النقض النظر في موضوعات الدعاوى متى قضت بنقض الأحكام الصادرة فيها أو ببطالان بعض إجراءاتها التي خولف القانون فيها ، وأوجبت عليه إحالة هذه الدعاوى إلى محكمة أخرى للحكم في موضوعاتها

(١) وقد لاحظ مارتى في سياق كلامه على حالة الطعن الثانية الميئة بالمت أن قاضي الدعوى ، إذا لم يحفظ بما رسمه القانون له من الاجراءات الشكلية ، يمكن اعتباره عاصياً للقانون حقا في عدم الالتفات بأوامره ، ولكنه مع مخالفته للقانون في ذلك لا يمكن القول بأنه قد قرر قاعدة عامة قصد بها مناقضة القانون أو الاعتداء على السلطة التشريعية (Le fait par le juge de procéder irrégulièrement, s'il importe certainement une désobéissance à la loi de procédure, n'implique par contre aucune affirmation générale diamétrale-ment contraire à la loi, aucun empiètement sur le pouvoir législatif).

لاحظ هذا مارتى ثم قال : وكان الجمعية التأسيسية باستبقائها حالة الطعن الثانية هذه تحت تأثير ذكريات القانون القديم قد أخرجت مجلسها الجديد من تلك الفائرة التي حصرته فيها ليعمل على حماية السلطة التشريعية فقط ، وكأشها بذلك وبما أعطته لخصوم الدعوى من حق الطعن في الأحكام بجانب ما أعطته لنائب الملك من حق الطعن لمصلحة القانون — كأشها بذلك قد مهدت لمجلس النقض سبيل مد رقابته إلى نواح آخر لم ينص عليها القانون (مارتى ص ٦٧) .

(٢) وهذا هو على الأقل ما جرى به قضاء هذا المجلس في سنواته الأولى ، مارتى ص ٦٥ وبهامش ٢ حكم البائرة المدنية في أول فلوريال سنة ٥ النوه عنه بربرتوار دالوز فقرة ١٣٥٥ ، وحكم البائرة الجنائية في ١٣ ترميدور سنة ٤ النوه عنه في بربرتوار دالوز فقرة ١٣٦ ، وحكم دائرة العرائض في ١٧ بريريال سنة ٣ النوه عنه بربرتوار دالوز فقرة ١٤٤٣ =

من جديد (المواد ١٩ و ٢٠ و ٢١ في تحديد محكمة الإحالة) ^(١). ومنها أن الأحكام التي يجوز الطعن فيها أمام مجلس النقض هي الأحكام الالتهائية ، ما عدا أحكام قضاة الصلح ^(٢) . ومنها المواد ٦ و ٨ و ١٠ التي تنص على أن الطعون تقدم أولاً إلى من يختارهم المجلس من أعضائه لتأليف مكتب المرافض (bureau des requêtes) حتى إذا رأوا رفضها قضا بالرفض نهائياً ، وإذا رأوا صلاحيتها للعرض على المجلس قرروا عرضها ^(٣). ومنها نص المادة ١٦ التي تقضى بأن رفع الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم للطعون فيه بأية علة ، ونص المادة ١٧ التي توجب على قضاة مجلس النقض ذكر نص القانون الذي يبنون عليه قضاءهم بنقض الحكم المطعون فيه . ومنها ما نصت عليه المادة ٢٧ من وجوب العمل مؤقتاً — فيما عدا ما ذكر بهذا القانون — بأحكام لأئحة سنة ١٧٣٨ إلى أن يصدر تشريع آخر يخالف أحكامها ^(٤) .

== وموضع العبرة في هذا الحكم الأخير أن مجلس النقض اعتبر الخطأ في تطبيق القانون فاداً موضوعياً في القضاء (un mal jugé) لا يوجب النقض .

(١) عدلت هذه النصوص بقانون أول ابريل سنة ١٨٣٧ .

(٢) ولما لوحظ أن هذا الاستثناء جاء واسعاً إذ جعل أحكام قضاة الصلح الالتهائية بمنجاة من الطعن فيها بطريق النقض حتى لو خالفت قواعد الاختصاص أو تجاوزت حدود السلطة القضائية ، استدركوا ذلك فأضافوا إلى نص هذه المادة الرابعة فقرة أخرى أجازت الطعن في تلك الأحكام لمخالفتها لقواعد الاختصاص أو لتجاوزها حدود السلطة القضائية ، ووضعوا الفترتين في المادة ٧٧ من قانون ٢٧ فتوز سنة ٨ (كارتنيه فقرة ٨٠) .

(٣) وقد جاءت المادة العاشرة بتعديل في إجراءات نظر الطعون أمام مكتب المرافض ، فقد كان هيئة المفتين الذين يقررون صلاحية عرض الطعن على مجلس الأنصام أن يشترك أعضاؤها مع باقي أعضاء المجلس في نظر الطعن ، فجعل القانون الجديد مكتب المرافض دائرة مستقلة يجوز لها أن تقضى برفض الطعن نهائياً ، وإذا حكمت بصلاحية عرضه على مجلس النقض نظره دائرة أخرى معينة للفصل في الطعون المدنية والجناية (كارتنيه فقرة ٨٣)

(٤) وقد بقى العمل بأحكام هذه اللأحة وبأحكام هذا القانون مرعياً إلى الآن إلا ما صدرت به القوانين والمراسيم الجزئية . وقد نشر ريرتوار دالوز أم هذه القوانين بهوامش الفقرة ١٣ وما بعدها ، ومن أم ما نشره قانون ١٦ — ٢٩ سبتمبر سنة ١٧٩١ (الذي أدخلت مواده من السادة ١٥ إلى المادة ١٩ من مجموعة قوانين برعمور سنة ٣) المنظم للطعن في الأحكام الصادرة بالقوة من قبل المحكوم عليه . ومن قبل نائب الملك لمصلحة القانون ، كف يرفع وما يعاده ==

٢٩ — على أن هذا القانون ، إن كان قد نعت بحق بأنه قانون رجعي من ناحية جعله مجلس النقض والابرام تابعاً للسلطة التشريعية كما رأيت ، فإنه — إذ أجاز لنائب الملك لدى هذا المجلس الطعن في كل حكم يرى أنه صدر مناقضاً للقانون ولم يطعن فيه خصوم الدعوى في اليعاد ، وإذ أشار بعبارة هذه إلى ما لهؤلاء الخصوم من حق تقديم ظلامتهم من هذا الحكم للمجلس مباشرة — قد جعل الطعن في الأحكام بطريق النقض طريقاً معتبراً ميسراً يسلكه الخصوم بنظام مخصوص وبشروط مخصوصة (نص المادة ٢٥)^(١). وبذلك يصح القول بأنه قد خطا نحو استكمال نظام النقض خطوة واسعة تجب الإشادة بذكرها .

ولما تم في أوائل سنة ١٧٩١ انتخاب قضاة مجلس النقض ونواب قضائه على مقتضى قواعد الانتخاب والاقتراع المدونة في الفصل الخاص بهما من قانون ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ واحتفل بإقامة المجلس فعلاً في ٢٠ أبريل

— وما يترتب على نقض الحكم المطعون فيه وكيف تفصل في الدعوى محكمة الاحالة (ربرتوار دالوز ص ٢٤ هامش ٣) ، وقانون ٢٩ س سنة ١٧٩٣ المرخص بتقسيم مجلس النقض إلى ثلاثة أقسام : قسم للعرائض وقسم للنقض المدني وقسم للنقض الجنائي (ربرتوار دالوز ص ٢٧) ، وقانون ٢٨ فتوز سنة ٢ (١٨ مارس سنة ١٧٩٤) المين لحالات الطعن في الأحكام الجنائية ص ٢٨ ، وقانون ٤ — ١٥ جرمينال المين للأحوال التي يجوز الحكم فيها بالطلاق في المواد المدنية (راجع المادة الخاصة بعدم جواز الطعن بطريق النقض ضد القصر والمجبور عليهم والغائبين والمتزوجات والقرى والموالة إذا كان مناه أن نائب الملك لم يبد أقواله في قضاياهم التي حكم فيها لصالحهم . وراجع نص المادة ٦ التي أوجبت تسبب الأحكام الصادرة برفض الطعن (ص ٢٨) وقانون ٥ فديمور سنة ٤ (٢٨ س سنة ١٧٩٥) للمدل لطريقة انتخاب مجلس النقض (ص ٢٩) وقانون بريمور سنة ٤ (٢٤ أكتوبر سنة ١٧٩٥) بتشكيل مجلس النقض تشكيلاً آخر ، وقانون ٢٧ فديمور سنة ٨ (١٨ مارس سنة ١٨٠٠) بتشكيل المجلس تشكيلاً جديداً (ص ٣٣) .

Art. 25. Si le commissaire du roi auprès du Tribunal de Cassation (١) apprend qu'il ait été rendu un jugement en dernier ressort directement contraire aux lois..., et contre lequel cependant, aucune des parties n'aurait réclamé dans le délai fixé, après ce délai expiré, il en donnera connaissance au tribunal de cassation; et s'il est prouvé que les formes ou les lois ont été violées le jugement sera cassé sans que les parties puissent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de ce jugement, lequel vaudra transaction pour elles.

سنة ١٧٩١ على يد مندوبين اثنين من قبل الجمعية التأسيسية أخذ هذا المجلس يقوم بوظيفته ضميماً مهزولاً على خوف من السلطة التشريعية التي أركبها ظهوره ووضع بين يديها خطامه منذ حفل مندوبها بإقامته في حجرها وبين ذراعيها . وما كادت تقوم بالأمر حكومة الكونتفانسيون (La Convention) حتى اعتدت عليه بما أصدرته من مراسيم أبطلت بها بعض أحكامه^(١) ، وأخرى بلومه على عدم انجاز ما لديه من الأعمال ، وأخيراً بمرسومها المؤرخ في ٢٢ أغسطس سنة ١٧٩٣ الذي حددت له فيه مدة شهرين لانجاز ما بين يديه من القضايا المهيأة للفصل وإلا كان جزاء قضائه العزل^(٢) (à peine de destitution) .

المهد الحالى : عهد محكمة التقضى

٣٠ — وما كان لهذا النظام أن يبق على سيرته هذه بعيداً عما كانت تتأثر به النظم من الآراء الرشيدة في ذلك العهد ، بل ما كاد دستور ٣ (سنة ١٧٩١) يقره ويمتدده ويحدد وظائف مجلس التقضى والابرام وعلاقته بالمجلس التشريعى على ما سبق تفصيله في قانون سنة ١٧٩٠ المتقدم الذكر ، ويعطى لوزير الحفانية الحق في أن يبلغ مجلس التقضى عن طريق نائب الملك ما يتجاوز القضاة فيه حدود وظائفهم (راجع المواد ٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٧ من هذا الدستور المنشورة في ربرتوار دالوز ص ٣٤ هامش رقم ٢) حتى أخذوا في إدخال بعض التعديلات الجوهرية عليه فأوجبوا بالمادة السادسة من مرسوم ٤ جرمينال سنة ٤ (٢٤ مارس سنة

(١) مارتى ص ٦٣ هامش ٢ ، وكاربتيه فقرة ١١٣ و ١١٤ ، والبديكت فقرة ٦١

(٢) وما كان السبب في تراكم العمل تهاون القضاة ، ولكن كان السبب عدم النظام في توزيع العمل على مقتضى القانون ، ولذلك لما رخص للمجلس في إنشاء دائرة ثالثة لنظر الطعون الجنائية انتظم العمل . وبهذا أقر قانون ٢ بربور سنة ٤ إنشاء هذه البائرة الثالثة وحدد اختصاصها ، ثم وضع قواعد المناوئة بين قضاة هذه الدوائر الثلاث : دائرة الرائض والبائرة المدنية والبائرة الجنائية (كاربتيه فقرة ١١٦) .

(١٧٩٤) ^(١) والمادة الثالثة من قانون ٩ ميسيدور سنة ٤ (٢٧ يونيو سنة ١٧٩٤) ^(٢) والمادة ٣٥٥ من مجموعة بريمور سنة ٤ ، تسبب الأحكام التي يصدرها مجلس النقض والإبرام ^(٣) . ثم جاء دستور ٥ فريكتيدور سنة ٣ (٢٢ أغسطس سنة ١٧٩٥) فحرم على السلطة التشريعية إصدار مراسيم بإبطال ما كانت ترى إبطاله وإلغاءه من أحكام مجلس النقض ^(٤) .

٣٩ — أما كون مجلس النقض يجب أن يكون الغرض من إنشائه تقويم الموع من الأحكام في تطبيق القانون و تقرير الأصول القانونية الصحيحة و جمع كلمة القضاء في المسائل الخلافية على قول واحد ، فقد أخذت الألسنة الرسمية تجهز بالقول به منذ سنة ١٧٩٣ على لسان كوندريسيه (Candorcet) ^(٥) أمام لجنة الدستور ، وعلى لسان ابريال ^(٦) (Abrial) وزير الحفانية في ٤ جرمينال سنة ٨

(١) ربرتوار دالوز بهامش ص ٢٨ .

(٢) المرجع السابق ، والمادة الثالثة المذكورة تنص على الأخذ بالمادة السادسة المتقدمة الذكر في الأحكام الخاتمة .

(٣) وقد كانت المادة ١٧ من قانون سنة ١٧٩٠ لا توجب هذا التسبب ، ولهذا كان مجلس النقض في سنواته السابقة يكتب بقوله : « إن الحكم المطعون فيه قد خالف النص الفلاني ولذلك وبعد الاطلاع على هذا النص حكم بنقض الحكم » (راجع كثيراً من أحكام هذا المجلس التي أصدرها سنة ١٧٩٣ ، وعلى الأخص حكم ٢٧ أبريل سنة ١٧٩٣ (سيريه ص ١٦ — ١٧) والأحكام الصادرة في ١٥ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٧ فلوريال سنة ٢ سيريه ص ٢٩ مجموعة فيلينيغ) .

(٤) نص المادة ٢٦٤ من هذا الدستور مذكور في كاريتهه فقرة ١١٠ تحت كلمة محكمة النقض .

(٥) راجع بعض ما قاله في جلسة ١٣ فبراير سنة ١٧٩٣ في مارتى ص ٦٩ .

(٦) ولما أقيمت الجمهورية ذهب قضاء مجلس النقض بكامل هيئته إلى الباتيون خلفوا عين الطاعة للنظام الجمهوري . وفي ٤ جرمينال سنة ٨ أصدرت حكومة النفاصل مرسوماً بوجوب تخليف قضاء ذلك المجلس العتيق ، على يد مجلس الشيوخ عين الطاعة للدستور الجديد بين يدي وزير الحفانية ، فبعد أن خلفوها في أول فلوريال من تلك السنة خطبهم وزير الحفانية خطاباً نشرته منه البنديكيت ما يأتي في فقرة ٦٥ ص ٥٧٥ :

• Nos premiers législateurs, convaincus de l'utilité de ce tribunal suprême, en avaient jeté les fondements; il était réservé à la constitution nouvelle de la perfectionner. L'objet essentiel de cet établissement est de =

عقب إعادة تحليف قضاة مجلس النقض يمين الطاعة للدستور ، ثم أخيراً على لسان بورتليس (Portalis) بعد وضع مجموعة القوانين المعروفة بمجموعة نابليون (les codes napoléoniens) وحين عرض مشروع القانون المدني ولدى قراءة المادة الرابعة منه التي توجب على القاضى الحكم فى الدعوى حتى عند سكوت القانون أو غوضه أو قصوره ، إذ قال فى خطابه الإبتدائى أمام المجلس التشريعى : إن إيجاب الطاعة للقوانين وتحريم تفسيرها على القضاة قد جعلهم كلها غم عليهم النص أو قصر عن بيان الحكم فى الدعوى يرجعون إلى السلطة التشريعية لتخرج لهم فى المسألة التى حاروا فيها قانوناً يعملون به . ولكن مجلس النقض كثيراً ما كان يعتبر ذلك منهم سكوتاً عن الحكم أو تجاوزاً لحدود السلطة^(١) . ثم قال : ومن الحق أن الاجتهاد فى القانون نوعان : نوع لا يحصى عنه للقاضى ، وهو بذل الجهد فى تعرف معنى القانون وعمله وحكمته ومقصود الشارع منه لاستثمار الأحكام الفرعية ،

— conserver l'intégrité des formes judiciaires, de maintenir l'exacte application des lois. de garder dans tous les tribunaux de la République cette uniformité de jurisprudence qui sera sans doute un des plus grands bienfaits de notre révolution.

L'amovibilité du tribunal de cassation avait fait manquer ce but, des renouvellements trop multipliés, trop rapprochés font perdre de vue l'esprit qui a dicté les premières décisions.

Les opinions individuelles se succèdent.

L'arbitraire tient lieu de jurisprudence et bientôt il n'y a plus rien de certain ni de constant. C'est une calamité sans doute quand le tribunal qui par son institution doit maintenir l'unité de jurisprudence dans la République n'est pas d'accord avec lui-même. Vous échapperez à cet inconvénient par la perpétuité de vos fonctions : on trouvera toujours dans vos décisions le même esprit, la même sagesse par ce que vous serez toujours vous-mêmes et que tous les motifs qui vous avaient guidés seront toujours présents .

(١) كثيراً ما طلبت المحاكم من السلطة التشريعية ، أو من الحكومة ، رأياً فيما يترأى لها فيه أن بالنس غموضاً أو قصوراً عن بيان ما تحكم به فى الدعوى ، فتقر هذه الجهة أن حكم القانون فى المسألة واضح ، وتكلف نائب الملك لدى مجلس النقض بعرض الأمر على المجلس لينتض حكم المحكمة باعتبار أنها ، بأحالة الدعوى على تلك الجهة المتقدمة الذكر لإبداء رأيا القانونى فى المسألة العارضة ، تكون قد سمحت لهذه الجهة بالتدخل فى الوظائف القضائية فتجاوزت بذلك حدود هذه الوظائف وامتنعت عن الحكم فى الدعوى (ن . ف أول فريكيديور سنة ٥٠ ، و ٩ برسيمور سنة ٦ ص ٨٠ و ٨١ مجموعة فيلنفي) .

وهو ما يطلق عليه في الفقه الفرنسي اسم (l'interprétation par voie de doctrine) ، ونوع آخر لا ينبغي له ، وهو ما تقوم به الحكومة أو السلطة التشريعية حلاً للسألة المحتلف عليها وتخرجه على صورة لأئحة عامة توجب العمل بها كالقانون ، ويسمى التفسير الإرغاعي (L'interprétation par voie d'autorité) ، ثم قال وإذن فالقانون إذا كان ظاهر المعنى تعين تطبيقه على معناه ، أما إذا غمض المعنى فعلى القاضى أن يشحذ فيه غرار الرأى حتى يصيب الصواب منه فإن لم يجد في القانون نصاً يصبح تنزيل حكمه على الدعوى ، التمس الحكم فيها بقواعد العدل أو بما جرى به العرف ^(١) .

٣٢ — ولما أصدر القانون المدنى في ٢٤ فتوز سنة ١١ (١٥ مارس سنة ١٨٠٣) وأدرك القضاة أن المادة الثالثة منه تجعلهم مسؤولين عن الامتناع عن الحكم لنصوص القانون أو لقصوره ، وأن المادة الرابعة تحرم عليهم إخراج الأحكام على صورة القواعد العامة (par voie de règlement ou de dispositions générales) أخذوا ينصرفون عما كانوا يحملون أنفسهم عليه من الرجوع إلى السلطة التشريعية كلما غم عليهم القانون أو لم يجدوا لديه القاعدة المعينة على الحكم في الدعوى ، ويقولون في أحكامهم على ما يستنبطونه من الأحكام القرعية بما لديهم في قه القانون من الوسائل العلمية المروفة . ومتى قيل إنه لا بد للقضاة من تفسير القانون تنادياً لمفوضة أو قصوره ، فلأندوحة من القول بأن لمحكمة النقض ^(٢) أن تمد رقابتها على تفسير القانون وتطبيقه جمعاً لكلمة القضاء على قول واحد ^(٣) .

(١) وقد نقل مارتى (س ٧٠ و ٧١) هذه الفقرات عن لوكره من كتابه « التشريع المدنى والتجارى والجناى » .

(٢) عند إعادة تشكيل مجلس النقض بالقانون النظامى الصادر في ٢٨ فلورال سنة ١٢ (١٨ مايو سنة ١٩٠٤) أطلق على المجلس اسم محكمة النقض والابرام .

(٣) ثم أصدر بعد ذلك قانون المرافعات في سنة ١٨٠٦ وليس فيه ما يتعلق بمحكمة النقض وأحوال الطعن إلا نصوص المادة ٣٦٥ الخاصة بمجلس محكمة النقض مختصة بالفصل في النزاع على الاختصاص ، والمادة ٥٠٤ الخاصة بمجلس هذه المحكمة مختصة بالطعن بطريق النقض =

٣٣ — على أن مذهب القائلين بأن وظيفة محكمة النقض يجب أن تكون توحيد القضاء من طريق الرقابة على تفسير القانون وتطبيقه (على ما دلت عليه المادتان الثالثة والرابعة منه ، وكما يؤخذ من أقوال واضعيه ومؤيديه الرسميين) ، لم يقع موقعه من التسليم به والإجماع عليه ، إلا في أوائل النصف الثاني من القرن التاسع عشر . وذلك أن بعض فقهاء أوائل هذا القرن مثل مرلان^(١) ، وهنريون دي بنسي^(٢) (Henrion de Pansey) وبعض محاكم الاستئناف^(٣) مع رضاهم عن رأي بورتايس المتقدم الذكر في إيجاب الاجتهاد على القضاة في تفسير القانون عند سكوته أو قصوره أو غموضه ، قد أصرروا على مذهبهم في القول

== لتناقض الحكمين الصادرين من محكمتي استئناف (ربرتوار دالوز فقرة ٢٦) . ثم أصدر قانون تحقيق الجانيات في ١٧ و ١٩ نوفمبر — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ ، وفيه باب كامل بعدة فصول خاص بالظعن بالطلات في الاجراءات وفي الأحكام في المواد الجنائية (اقرأ بهامش ٢ ص ٣٠ وما بعدها خطاب المستشار برليه Bertier في شرح هذا الباب ، وتبيان قواعده الأساسية ، وهو خطاب هام بالغ الأهمية للباحث في النقض الجنائي) . ثم مرسوم ١٩ مارس سنة ١٨١٠ الذي أطلق على قضاة محكمة النقض اسم المستشارين (ربرتوار دالوز هامش ١ ص ٤٣) . ثم مرسوم ١٥ و ١٩ يناير سنة ١٨٢٦ الخاص بالعمل وتوزيعه أمام محكمة النقض ، وقد أطلق فيه اسم الدوائر على أقسام محكمة النقض ، فأصبح قسم العرائض يسمى دائرة العرائض ، والقسم المدني : الدائرة المدنية ، والقسم الجنائي : الدائرة الجنائية (هامش ٢ ص ٤٥ ربرتوار دالوز) .

(١) مارتى ص ٧٢ ، ومرلان في موسوعاته الطبعة الخامسة تحت كلمة (substitution) (جزء ١٦ ص ٥٦٣ عمود رقم ٢) ، ونحت كلمة (adoption) (جزء أول ص ١٨٣) ، ونحت كلمة (testament) (جزء ٨ ص ٣٤٣ و ص ٣٤٤) .

(٢) مارتى ص ٧٢ ، وهنريون دي بنسي في مؤلفه « السلطة القضائية في فرنسا » (De l'autorité judiciaire en France) ص ٤٢٦ وما بعدها .

(٣) وقد قل مارتى عن فينت Fenet ملاحظات محكمة بوردو بهامش ١ ص ٧٢ ومن هذه الملاحظات :

« Il y a à craindre que tous les jugements dans lesquels le silence ou l'obscurité des lois aura forcé les magistrats d'y recourir ne soient réformés sous ce prétexte par le Tribunal de Cassation. On se plaint déjà, et ce n'est pas à tort, que ce tribunal établi pour veiller à l'observation des formes au lieu de se renfermer dans les bornes de son institution, s'érige en tribunal d'appel de tous les tribunaux supérieurs. »

بأنه لا حق لمحكمة النقض في أن تتدخل لنفسها الرقابة على تطبيق القانون وتفسيره ، وأنها إذا أقدمت على ذلك فقد جعلت نفسها محكمة استئناف عليا لحاكم الاستئناف وخرجت عن حدودها المرسومة لها قانوناً .

وأخذ المذهبان يتقارعان الحجة في الفقه والقضاء حتى سنة ١٨٢٥ حين رأت الحكومة تحديد مركز محكمة النقض بالنسبة لمحكمة الاحالة في المسألة القانونية التي تكون قد فصلت فيها محكمة النقض ، أياكون واجباً على محكمة الاحالة اتباع رأى محكمة النقض في تفسير القانون وتطبيقه ، أم تبقى على تمام حريتها في جميع مسائل القضية . فدعت الحكومة (هنريون دى بنسى)^(١) وقد صار الرئيس الأول لمحكمة النقض ، للجنة الفرعية المشكلة لبحث مشروع قانون يراد وضعه لتحديد مركز محكمة النقض من محكمة الاحالة ومعرفة ما إذا كان يجب على محكمة الاحالة أن تتبع رأى محكمة النقض في المسألة القانونية التي اقتضت نقض الحكم أو لا يجب عليها ذلك . فاستجاب لدعوتها ولهج بما غررى به من مذهبه وما زال يرغب زملاءه فيه ويرهف عنهم عليه حتى استنامت له الأغلبية ، فأصدر القانون في ٥ يناير سنة ١٨٢٦ على ما حمل نفسه عليه وأولع به ، وصار لمحكمة الاحالة ألا تتبع رأى محكمة النقض ، وأنه إذا طعن في حكمها فصلت دوائر محكمة النقض المجتمعة في الطعن فإن قضت بنقض الحكم كان على محكمة الاحالة أن تجتمع هي أيضاً بكامل دوائرها حتى إذا أصرت على الرأى المخالف لرأى محكمة النقض وأقرت ما رأته محكمتا الموضوع السابقتان كان حكمها هو الكلمة الأخيرة وامتنع الطعن فيه أمام محكمة النقض لنفس الأسباب التي سبق الطعن بها في الحكمين السابقين (٢-٣) .

(١) ربرتوار دالوز قهره ٣٣ ص ٤٧ .

(٢) جارسونيه ج ١ قهره ٩٢ ، ودلاجراسرى ص ٤٥ و ٤٦ .

(٣) قد نقل مارتي (ص ٧٢ هامش ٤) بعض ما قاله بعض أعضاء مجلس الأعيان ومجلس النواب تأييداً لهذا القانون .

٣٤ - وما كان لهذا القانون وهو يكتب الغلبة للحاكم الاستئناف على محكمة النقض في تفسير القانون أن يبقى إلّا ريثما يتلطف إلى إلغائه أو إبداله بقانون آخر يصيب وجه الرأي بإعطاء الكلمة العليا لمحكمة النقض ؛ فلما حانت الفرصة أصدرت الدولة في أول إبريل سنة ١٨٣٧ قانوناً أوجبت به على محكمة الاحالة الأخذ برأى دوائر محكمة النقض المجتمعة في القضية المحالة إليها ، فانتصر بذلك مذهب من يرى أن الفرض من إنشاء محكمة النقض إنما هو تحقيق توحيد العمل بالقانون في الدولة بتوحيد القضاء به ^(١) .

على أن هذا القانون الأخير إذا كان لم يقصد به إلّا تقرير ما يكون لأحكام دوائر محكمة النقض المجتمعة من القوة والاعتبار لدى محكمة الاحالة في المسألة التي بنى عليها حكم النقض ، فقد لاحت فيه مع ذلك أشراط فوز المذهب الجديد وبدت منه لمحكمة النقض أعلام الطريق القويم في وجوب بسط رقابتها على تفسير القانون وتطبيقه .

وفي الحق أن محكمة النقض إذا كان لا يحق لها في سبيل توحيد القضاء واستقراره أن تعتبر نفسها درجة ثالثة تنصدي للفصل في موضوعات القضايا حسماً للزاع فيها ، فإنه لا يصح منها أن تكتفى بنقض الأحكام المبنية على مخالفة القانون مخالفة صريحة ، بل يكون عليها أن تقوم المعوج من الأحكام الخاطئة في تفسير القانون بإلزام محكمة الاحالة باتباع رأيها فيما أخذت هي به من هذا التفسير . ومتى صح القول بأحقية محكمة النقض في بسط رقابتها على تفسير القانون صح كذلك القول بأحقيتها في الرقابة على تطبيق القانون ، لأن الذي يهم الناس ليس هو التفسير النظري الصحيح للقانون ، بل هو حسن سير العدالة بتطبيق القانون عليهم تطبيقاً واحداً . فما لم تراقب محكمة النقض تفسير القانون وتطبيقه

(١) وقد أورد مارتى بالصحيفة ٧٤ أقوال بعض خصوم هذا القانون تملأ عن مخاض جلات البرلمان .

فلا توحيد للقانون ولا استقرار للقضاء به على وتيرة واحدة^(١).

٣٥ — وهذا التدرج في الأفكار والآراء حول ما ينبغي أن تبحرته محكمة النقض من الأغراض والمقاصد حتى انحصرت عنها ظلال الإبهام وحجب الريب — هذا التدرج كان يقابله ويماصره تدرج مثله في عمل محكمة النقض انتهت فيه ، أو كادت ، إلى مثل ما انتهى إليه المنطق الصحيح من أن الغرض من إنشاء محكمة النقض هو حسن سير العدالة بتوحيد القضاء وتثبيتته في كافة أنحاء الدولة .

بدأت محكمة النقض الفرنسية تدرجها هذا بتأويل ماورد بالمادة الثالثة والمادة الخامسة والعشرين من قانون سنة ١٧٩٠ وبالمادة التاسعة عشرة من دستور ٣ — ١٤ سبتمبر سنة ١٧٩١ وبالمادة التاسعة والتسعين من دستور ٢٤ يونيه سنة ١٧٩٣ وبالمادة ٢٥٥ من دستور ٥ فريكتيدور سنة ٣ (٢٢ أغسطس سنة ١٧٩٥) وبالمادة ٦٦ من دستور ٢٢ فرغور سنة ٨ (١٣ ديسمبر سنة ١٧٩٩) وبالمادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ — بدأت تتأول ماورد بهذه المواد من ككون المخالفة التي بنى عليها الحكم المطعون فيه يجب أن تكون مخالفة صريحة للقانون (une contravention expresse au texte de la loi)

ou (une contravention expresse aux lois)

وما ورد كذلك بالمادة ٨٨ من الباب السادس من قانون ٢٧ فنوز سنة ٨ من وجوب كون الحكم المطعون فيه مناقضاً للقانون مباشرة (Jugement directement contraire aux lois)

بدأت تتأول هذه النصوص فصرحت في بعض أحكامها أن الشارع لا يقصد من كون الحكم مبنيًا على مخالفته لنصوص القانون إلا أن يكون مخالفاً لمعناها المعقول المقبول (à son sens raisonnable)

(١) وقد ألمح إلى هذا المعنى وزير الحفانية برسيل في جلسة مجلس النواب المتقدمة في ٣١ مارس سنة ١٨٣٧ حين قال : إن الدولة لم تنفيء محكمة النقض إلا الحسن سير العدالة وتوحيد القضاء ، وجملة في يورودوكا هو في باريس ، فإذا لم تبلغ محكمة النقض غايتها من ذلك برقابة تفسير القانون وتطبيقه فلا فائدة منها (مارتى ص ٧٤) .

وهكذا قبلت الطعن في الحكم لخالفته لروح القانون^(١). وما أقرب هذه الحالة من حالة الطعن للخطأ في تطبيق القانون ! ثم تدرجت من ذلك إلى القضاء بنقض الأحكام خطأ في تفسير القانون^(٢).

أما الخطأ في تطبيق القانون فقد ابتدأت الدائرة الجنائية تعتبره حالة من حالات الطعن ، تطبيقاً لنص المادة ٢٣ من الباب الثامن من قانون ١٦ — ٢٩ سبتمبر سنة ١٧٩١^(٣) ، وللأمر العالي الصادر في ٢٩ سبتمبر و ٢١ أكتوبر سنة ١٧٩١^(٤) ، وللقرة الأولى من قانون الجنح والعقوبات الصادر في ٣ بريمور سنة ٤ ، ولما أفادته ضمنا المواد ٤١٠ و ٤٢٩ و ٤٣٤^(٥) من قانون تحقيق الجنابات .

أما الدائرة المدنية فقد أبطلت في اعتباره كذلك لعدم ورود نصوص من الشارع تؤيد هذا الاعتبار ، ثم ابتدأت على الرغم من ذلك تذكر في بعض أسباب أحكامها الخطأ في تطبيق القانون^(٦) ، ثم مدت رقابتها إلى الخطأ في تكييف فهم الواقع بحكم القانون^(٧) ، ثم إلى تكييف هذا الواقع بحكم العقد . لكن ميدان

(١) وقد استشهد مارتي في ذلك بحكم ٤ ترميدور سنة ٩ (س ١٨٠١ — ١ — ٤١) وحكم ٢ فريمور سنة ٩ (مارتي هامش ١ ص ٧٦) .
(٢) ن. ف ١٦ فبراير سنة ١٨١٤ (س ١٨١٤ — ١ — ١١٨) .

(٣) وجاء فيها : *Dans le cas où le jugement aura été annulé à raison de : fausse application (ربرتوار دالوز ص ٢٤ هامش ٣) .*

(٤) وجاء فيها : *Les demandes en cassation ne pourront être formées que : pour causes de nullité prononcées par la loi... ou pour fausse application de la loi (ربرتوار دالوز ص ٢٤ هامش ٧) .*

(٥) ن. ف ٢٦ فريكتيدور سنة ٤ (ربرتوار دالوز تحت كلمة نصب ققرة ١٧٩٦) .
(٦) ن. ف ٢٢ ميبيدور سنة ٩ (ربرتوار دالوز ققرة ٢٠٤٤ تحت كلمة Commune) .
(٧) ن. ف ٣ جرميال سنة ١٠ (س ١٨٠٢ — ١ — ٨٤) وحكم الدوائر المجمعة في ٢٥ فريمور سنة ١٠ (س ١٨٠٢ — ١ — ٢٣) ، وحكم هذه البوائت في ٢٦ يولييه سنة ١٨٢٣ (س ٢٣ — ١ — ٣٨٠) ، وقد جاء في هذا الحكم ما نصه :

« Attendu que la cour de cassation a le droit d'apprécier le mérite des arrêts des cours royales lorsque ces arrêts déterminent le caractère des contrats dans leur rapport avec les lois qui en assurent la validité; qu'il serait contraire au but de son institution qu'elle dût s'abstenir d'annuler »

هذه الرقابة أخذ منذ ذلك العهد يضيق ثم يتسع ثم يعود إلى الضيق ثم إلى السعة على ما ستعرفه عند الكلام على مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي تأويله .

٣٦ — والذي يهم استخلاصه في ختام هذه الكلمة التاريخية أمران : أولهما : أن نقض الأحكام المخالفة للقانون بعد أن كان وظيفة سياسية يقوم بها في سبيل المصلحة العامة مجلس الملك ثم مجلس النقض ، قد أصبح وظيفة من وظائف السلطة القضائية ، تقوم بها محكمة النقض تمكيناً للقانون والقضاء به على منوال واحد في أنحاء الدولة .

وثانيهما : أن محكمة النقض الفرنسية — على الرغم من تلك النصوص القديمة القاصرة المبعثرة في مختلف اللوائح والأوامر والقوانين — هي التي استطاعت بنفسها أن تحدد ما يكون لها أن تراقبه وألا تراقبه من أجnas المسائل التي تعرض عليها ، وكثيراً ما مالت في ذلك إلى تجاوز حدود ميدان الخطأ في القانون إلى ساحة الخطأ في الواقع ، وبالعكس ، على ما ستراه في فصول هذا الكتاب . هذه كلمتنا الإجمالية في تاريخ نظام النقض الفرنسي ، وسنتلو عليك من تفاصيل هذا النظام في كل فصل من فصول هذا الكتاب ، ما تستيقن به أن المشرع المصري قد أحسن في الاقتباس وخطا بالنظام المصري الذي وضعه نحو الكمال خطوات واسعة موفقة .

== ces arrêts lorsque, ayant donné des fausses qualifications aux contrats..., ils les auraient affranchis des règles spéciales auxquelles ils étaient soumis, ou les auraient soumis à des règles qui ne pouvaient pas leur être appliquées... >

الباب الثالث

في نظام محكمة النقض والإبرام المصرية

الفصل الأول

في تشكيل محكمة النقض والإبرام

٣٧ — « تؤلف محكمة النقض والإبرام من دائرتين ، إحداها لنظر المواد المدنية ، والأخرى لنظر المواد الجنائية . ويكون تخصيص القضاة الذين تتألف منهم كل دائرة بقرار تصدره سنوياً الجمعية العمومية لمحكمة النقض والإبرام . »
« وتصدر الأحكام من خمسة مستشارين ، فإذا نقص قضاة إحدى الدائرتين عن خمسة بسبب مرض أو غياب ، وُقِيَ هذا العدد بمستشارين من قضاة الدائرة الأخرى يعينهم رئيس المحكمة »^(١).

وتقول المذكرة الإيضاحية في شرح هذه المادة : « ولكي تتمكن محكمة النقض والإبرام من أداء وظيفتها في جعل قضاء المحاكم مستقراً ، كان من الضروري أن يتمكن القضاة من التخصص في أحد هذين النوعين من القضايا . وللوصول إلى هذه الغاية ، اقترح بعضهم أن يكون تخصيص القضاة للدائرة المدنية أو للدائرة الجنائية بصفة تشبه أن تكون مستديمة ، وذلك بموجب مرسوم التعيين ، أو بموجب مرسوم آخر يصدر عند صدور ذلك المرسوم ؛ ولكنه رُؤِيَ من الأفضل — توفيقاً بين ميول القضاة واستعدادهم الشخصي

(١) المادة ١٢ مكررة المضافة إلى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بالمادة الأولى من قانون إنشاء محكمة النقض رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ الصادر في ٢ مايو سنة ١٩٣١ .

وبين مصادقات الخلوفى للنائب ، وعملاً على إيجاد شيء من المرونة فى قاعدة التخصيص — أن يترك الأمر لمحكمة النقض والإبرام نفسها ، فتقضى فيه وهى منعقدة بهيئة جمعية عمومية .

« ويرأس كل من رئيس المحكمة ووكيلها ، الدائرتين حسب تخصص كل منهما . وقد رؤى أنه يكفى أن تصدر أحكام محكمة النقض والإبرام من خمسة قضاة إذ كانت أحكام محكمة الاستئناف يصدرها ثلاثة قضاة فقط ، ولأنه لم يثبت قط أن الاستكثار من الآراء فوق حد معين من شأنه أن يقلل من احتمال الخطأ . على أن الإكثار من عدد القضاة فى المحكمة يزيد فى صعوبة فحص القضايا والمداولة فيها » .^(١)

فالشارع لم يقصد بنص المادة المتقدمة تحريم قاعدة التخصيص والتشجيع على توزيع العمل بطريق التبادل ، ولا منع محكمة النقض من أن يكون لها تقاليد فى اتباع قاعدة التخصيص وبقاء استمرار كل قاض من قضاتها على العمل فى الدائرة التى خصص لها حين البدء فى العمل ، بل كل ما أرادته من ترك الأمر فى توزيع العمل للمحكمة نفسها هو إيجاد شيء من المرونة فى قاعدة التخصيص ، وذلك بأن يكون لها هى تقدير الظروف والملايسات ومقتضياتها والتوفيق بينها وبين قاعدة التخصيص . وقد جرت محكمتنا على ذلك منذ تشكيلها للآن (٢-٣)

(١) المذكرة الإيضاحية ص ١٧ و ١٨ .

(٢) وعلى الرغم من وجود نص قديم فى فرنسا يقضى بتغيير تشكيل دوائر المحكمة واتباع قاعدة التبادل فى العمل بين القضاة التى يجرى عليها العمل أمام المحاكم جميعها فقد استقر فى محكمة النقض الفرنسية نظام التخصيص (جارسونيه ج ١ قرة ٨٩ ، وتبسيه ج ١ ص ٢٥٦ وجايبوت قرة ٣٨٩) .

(٣) ألفت الدائرة المدنية أولاً من سعادة وكيل المحكمة عبد الرحمن إبراهيم سيد احمد باشا ومن البكوات المستشارين مرهاد وهى ، وحامد فهمى ، وعبد الفتاح السيد ، وأمين أنيس باشا . والدائرة الجنائية من رئيس المحكمة ومن البكوات المستشارين محمد لبيب عطيه ، وزكى برزى ، ومحمد فهمى حسين ، وأحمد أمين .

٣٨ — ومن يقارن بين تشكيل محكمة النقض المصرية ومحكمة النقض الفرنسية يجد الفروق الآتية :

أولاً : اكتفى شارعنا بخمسة من المستشارين تشكل منهم كل دائرة من الدائرتين المدنية والجنائية ، في حين أن محكمة النقض الفرنسية تتألف من ثلاث دوائر كل دائرة منها تتألف من ستة عشر مستشاراً يجلس منهم للحكم أحد عشر على الأقل^(١) . وقد أشار الشارع إلى صواب رأيه في ذلك بما قاله في المذكرة الإيضاحية « من أنه لم يثبت قط أن الاستكثار من الآراء فوق حد معين من شأنه أن يقلل من احتمال الخطأ ، على أن الإكثار من عدد القضاة في المحكمة يزيد في صعوبة فحص القضايا والمداولة فيها » .

ثانياً : استغنى عن إنشاء دائرة ثالثة تكون مهمتها — كدائرة العرائض في محكمة النقض الفرنسية — النظر في الطعون المدنية وبموجبها بعد أن تسمع أقوال محامي الطاعن وأقوال النيابة العامة ، ثم تقرير إحالتها إلى الدائرة المدنية أو رفضها ، بحسب ما تراه هي من احتمال قبولها أو عدم احتمالها . ولعله أخذ بما وجه من نقد^(٢)

(١) وعدد مستشاري محكمة النقض البلجيكية سبعة عشر منهم رئيس المحكمة ورئيس دائرة ، وخمسة عشر مستشاراً (المادة ١١٩ من قانون ترتيب المحاكم الصادرة في ١٨ يونيو سنة ١٨٦٩) وهي تتألف من دائرتين : دائرة مدنية وأخرى جنائية . وتصدر الأحكام عن سبعة مستشارين على الأقل (المادة ١٣٢ من القانون) والقاعدة الجارية بينهم هي التبادل في العمل (المادة ١٩٣ و ١٩٤ و ١٩٥ من القانون) .

(٢) وللدائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية مادحون وفادحون ، ولكل حجة . فحجة الأولين أن دائرة العرائض تقرب الطعون فتستبعد منها ما يكون غير مقبول أو معين الرض وتبطل ما يستحق النظر والبحث إلى البائرة المدنية ، فتخفف بذلك أعباء العمل عن هذه البائرة وتستطيع هي القيام بمهمتها على الوجه الأكمل . ويضيفون إلى ذلك قولهم أن لا ضرر على الطاعن من أن تصدر دائرة العرائض حكمها برفض طعنه أو بعدم قبوله ، لأنها من جهة هي هيئة لا يقل أعضاؤها خبرة وعلماً عن أعضاء الدائرة المدنية ، ولأنها من جهة أخرى لا تصدر حكمها إلا بعد بحث متأن وبعد سماع أقوال الطاعن واستيفاء كل الضمانات التي تكفل له حرية الدفاع . وكذلك لا ضرر على خصمه من أن يمر الطعن بدائرة العرائض قبل إحالته إلى الدائرة المدنية ، لأنه ما دام لا يدعى إلى المرافعة أمام هذه البائرة فهو لا يتحمل من أعبائها أي حمل أو أية مؤونة ، ولأنها إن قضت برفض الطعن فقد انتهى الأمر وكسب المحسومة قبل أن يدخل في غمارها . ثم =

إلى نظام دائرة الرائض فى فرنسا ولا حظ أنه لا وجود له فى غيرها من البلاد^(١) ،
أولله لاحظ أن الأحكام التى جوز هو الطعن فيها بالنقض تكفيها دائرة واحدة
من غير ما حاجة إلى دائرة للرائض . ولستقبل هو الكفيل بإظهار ما إذا كانت
الدائرة المدنية تبقى كافية للفصل فيما يرفع إليها من طعون أو يتسع عليها العمل
فيتمين التفكير فى إدخال أحد النظامين : نظام دائرة الرائض أو نظام تعدد
الدوائر المدنية .

ثالثاً : استغنى عن نظام عقد دائرتى محكمة النقض مجتمعين للحكم فى القضايا
فى بعض الظروف ، لأخذه فيما يتعلق بسلطة محكمة النقض بقاعدة غير القاعدة التى
دعت فى النظام الفرنسى إلى عقد محكمة النقض بدوائرها المجتمعة . وسيأتى
تفصيل ذلك .

— ان هؤلاء لا يرون عيباً فى مرور الطعون التى يقضى بقبولها فى النهاية بدائرتين قبلها كل منها
بعد بحث وتحيى ، بل يرون فيها مزية وضمانة تكفل حاية الأحكام النهائية من أن تمس بالنقض
قبل بحثها بحثاً مزدوجاً بالمالأ الغاية فى الدقة ، ويتفرون فى سبيل تحقيق هذه الضمانة مضاعفة
المصاريف بل يبررون ازدياد المصاريف بما يقابله من سهولة الاجراءات وقلة النفقات فى الصور
التي تقضى فيها دائرة الطلبات برفض الطعن .

أما الماثبون على دائرة الرائض فيقولون إنها تخرج عن مهمتها فتدقق فى بحث الطعون
وترفض كل طعن لا تراه واجب القبول ، ولو كان جدياً ومحتمل القبول (وقد أحصوا أنها
ترفض ثلثي الطعون التى تعرض عليها) . وقد أدى ذلك إلى أن يكون لها قضاء ثابت فى بعض
المسائل القانونية مخالف لقضاء الدائرة المدنية نفسها . وعللوا ميل دائرة الطلبات إلى التوسع فى
اختصاصها بشعور قضاتها بأنهم — وهم لا يقلون شأنًا عن زملائهم قضاء الدائرة المدنية —
لا ينبغي أن يكون عملهم مقصوراً على مجرد تحضير الطعون وتصنيفها باستبعاد ما كان منها ظاهر
الرفض أو عدم القبول (راجع فى تلخيص حجج الفريقين جارسونيه ج ١ فقرة ١٠٢) وتيسيه
ج ١ ص ٢٦١ — ٢٦٣ ولاجراسرى ص ٣٧ — ٤١) . ولا يرى القائلون بالناء نظام دائرة
الرائض مانعاً من تعدد الدوائر المدنية ، بمرط أن محتاط لمنع وقوع الخلاف بينها بتخصيص
كل دائرة بنوع معين من القضايا ، وإحالة الأمر إلى هيئة الدوائر المجتمعة كلاً رأيت إحداها
المدول عن قضاء سابق لدائرة أخرى (دلاجراسرى ص ٤٠ — ٤١) والمرجع التى أوردتها
جارسونيه بهامش رقم ٧ فقرة ١٠٢) .

(١) وقد عدلت عن نظام دائرة الرائض البلاد التى بدأت بالعمل به (راجع فى ذلك
دلاجراسرى ص ٣٩ — ٤٠) .

الفصل الثاني

في مستشارى محكمة النقض

٣٩ - **نصيصهم :** يشترط فيمن يعين مستشاراً بمحكمة النقض ألا تقل سنه عن خمس وأربعين سنة وأن يتوافر فيه أحد شروط آخر تكفل له الخبرة القضائية الكافية والمران الطويل في القانون وهي :

(أ) أن يكون قد شغل مدة سنة على الأقل وظيفة رئيس أو وكيل لمحكمة استئناف أو نائب عام .

(ب) أن يكون قد شغل مدة ثلاث سنوات على الأقل وظيفة مستشار بمحكمة استئناف أو مستشار ملكي أو أفوكاتو عمومي لدى محكمة النقض .

(ح) أن يكون قد اشتغل مدة سبع سنين على الأقل بالتدريس بكلية الحقوق الملكية بصفة أستاذ أو أن يكون اسمه مقيداً منذ عشر سنين على الأقل بجدول المحامين لقبولين للمرافعة أمام محكمة النقض والإبرام ^(١) .

وقد نصت المادة ٤٥ من قانون إنشاء محكمة النقض على أن أحكام المادة الثانية الخاصة بالشروط الواجب توافرها فيمن يعين من القضاة والموظفين مستشاراً بمحكمة النقض لا تسرى عند أول تشكيل لها . ويتقتضى هذه المادة شكلت هذه المحكمة من صاحبي السعادة عبد العزيز باشا فهمي رئيساً ، والرحوم عبد الرحمن باشا سيد أحمد وكيلاً ، ومن حضرات أصحاب السعادة والعزة مصطفى محمد بك ، ومحمد

(١) الفقرة الأخيرة التي أضافتها المادة الثانية من قانون محكمة النقض إلى المادة ٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . قارن هذا بنس المادة ١٧ من القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ أبريل سنة ١٩١٩ المينة للطبقات التي يجوز انتخاب مستشاري محكمة النقض الفرنسية منها (ملحق تعليقات فالوز على قانون المرافعات ص ١٦٤ بالهامش عمرة ١) .

ليبي عطية بك ، ومراد وهبة بك ، وزكى برزى بك ، ومحمد فهمى حسين بك ،
والمرحوم أحمد أمين بك ، وحامد فهمى بك ، وعبد الفتاح السيد بك ، وأمين
أنيس باشا مستشارين .

٤٠ - نر ٧٧ لمحكمة استئناف مصر : وقد أجازت الفقرة الثانية من
المادة ٥١ من هذا القانون لوزير الحفانية عند الضرورة ، بناء على عرض كل من
رئيس محكمة النقض ورئيس محكمة استئناف مصر ، أن يندب من مستشارى محكمة
النقض من يشغلون مؤقتاً بمحكمة استئناف مصر ^(١) .

٤١ - تقاعدهم : ولكي تم الاستفادة من خبرة المستشارين بمحكمة النقض
ويضمن استقرار الأحكام وثباتها باطالة مدة بقائهم فى الخدمة ، قد حددت المادة
الثالثة من هذا القانون سن تقاعد المستشارين بخمس وستين سنة ^(٢) . ونصت المادة
الثانية والخمسون على تطبيق أحكام القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٢٩ على مستشارى
محكمة النقض ، وكذلك على تأليف اللجنة المنصوص فيه عليها من رئيس المحكمة
ووكيلها ، وخمسة من مستشاريها تنتخبهم الجمعية العمومية كل سنة للنظر فى حالة من
يصبح منهم غير أهل لأداء وظيفته .

٤٢ - تأديبهم : وقد جلت المادة ٥١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية
المعدلة بالمادة الخامسة من قانون محكمة النقض تأديب المستشارين ليهيأ من
اختصاصها هى مجتمعة بهيئة جمعية عمومية . وخولت المادة ٥٢ من تلك اللائحة
المعدلة بالمادة الخامسة المذكورة لرئيس محكمة النقض حق الرقابة والإشراف على
مستشاريها ، وأجازت له تنبيه من يخل منهم بواجباته أو بأعمال وظيفته ، وأن
يكون التنبيه مشافهة أو كتابة وتبلغ التنبيه الكتابى إلى وزارة الحفانية .

(١) الفقرة الثانية من المادة الحادية والخمسين من قانون محكمة النقض .

(٢) وقد حدد قانون أول مارس سنة ١٨٥٢ سن تقاعد المستشارين بمحكمة النقض
الفرنسية بخمس وسبعين سنة (جارسونيه ج ١ فقرة ١٤٠) .

وتقول المذكرة الإيضاحية إنه بمناسبة إنشاء محكمة النقض قد عدلت أحكام التأديب وجعلت مطابقة للأحكام المتبعة في المحاكم المختلطة (المواد ١٣٩ - ١٤٨ من لائحة الإجراءات العمومية) ، وفي فرنسا وفي بلجيكا ، فجعل لرؤساء جميع المحاكم حق الرقابة والإشراف على المستشارين والقضاة بمحاكمهم لأن رئيس المحكمة بحكم مركزه وخبرته واتصاله المباشر بالقضاة يكون أقدر على بذل النصيحة والإرشاد لهم ، وفوض إليهم تبعاً لذلك تنبيه قضاة محاكمهم ، غير أنه لم يعد لهذا التنبيه صفة العقوبة التأديبية بل هو معتبر أنه مجرد إجراء إداري^(١).

الفصل الثالث

في وظيفة النيابة العمومية أمام محكمة النقض

٤٣ - لقد لاحظ الشارع أن قضايا النقض لها تعلق بالمصاحبة العامة من ناحية أن محكمة النقض إنما تفصل في المسائل القانونية توحيداً لأحكام القضاء وعملاً لاستقراره فيها على وجه واحد ، وأنه ينبغي لهذه المحكمة أن تقضى في تلك المسائل بعد بحثها وتحصيلها وتقليبها على كل وجوها ، حتى يجيء قضاؤها فيها أقرب إلى الكمال وأبعد عن الخطأ - لاحظ هذا ثم لاحظ أن النيابة العمومية هي الجهة المكلفة بالسهر على تنفيذ القوانين والإشراف على كل ماله اتصال أو تعلق بالمصلحة العامة ، فجعل من وظائفها مساعدة القضاء في وضع القواعد القانونية الصحيحة بإبداء الرأي في القضايا التي تعرض على محكمة النقض كتابة ثم مشافهة^(٢).

(١) المذكرة الإيضاحية ص ١٩ . حق التنبيه المشار إليه في المتن مستمد من المواد ١٣٩ - ١٤٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، ومن المادة ٤٩ من القانون الصادر في فرنسا في ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ ، وأخيراً من القانون الصادر في فرنسا في ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٣ (راجع تنبيه ج ١ فقرة ٧٧) .
(٢) المادتان ٢٤ و ٢٨ من قانون محكمة النقض .

وتقول المذكرة الإيضاحية في ذلك : « لقد رُئى في المشروع إيجاب سماع أقوال النيابة العمومية إذ لا شك في أن حضورها أمام أعلى هيئة قضائية — متكاملة باسم القانون — يعد ضماناً جليلاً للعدل لاستيفاء بسط المسائل أمام تلك الهيئة . وفي البلاد الأوروبية التي لها نظام قضائي شبيه بنظامنا كبلجيكا وفرنسا وإيطاليا يجب دائماً سماع النيابة العمومية في القضايا التي ترفع إلى محكمة النقض والإبرام ^(١) » .

وقد قال رئيس محكمة النقض في كلمة الافتتاح التي ألقاها بمجلسه ٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ بعد أن بين أن مهمة القضاة هي « البحث للمقارنة والمفاضلة والترجيح » وذكر أن على المحامين « مهمة البحث للإبداع والابداء والتأسيس » قال : « إن مهمة النيابة من المهمات المضيئة وربما كانت أشق من مهمة المحامين فيما يتعلق بتقدير وجه الصواب والخطأ في المسائل القانونية والترجيح بينهما إذ لها فيها الترجيح الأول وللقاضى الترجيح الأخير . على أن لها أيضاً في أحوال كثيرة مهمة الابداء والابداع كالمحامين . فأعضاء النيابة يجمعون بين عمل الطرفين ويتحلون مشقتهم . ولا يؤيد ذلك مثل الدفع الذي ترونه اليوم مقدماً من النيابة العمومية ^(٢) مما لم يجل في خاطر القضاة » .

وتحقيقاً لتنام الاستعانة بالنيابة العمومية في مراقبة تطبيق القانون واتباع نصوصه أوجبت عليها المادة ٢٣ ملاحظة أن تكون الإجراءات المنصوص عليها

(١) ثم جاء تلك المذكرة ما مؤداه أن المشرع ، بعد إتمام النظر فيها إذا كان وجه لانشاء نيابة خاصة بمحكمة النقض على مثال ما هو متبع في بعض البلاد ، رأى أن الأسهل والأيسر عدم تعديل النظام الحال الذي يقضى بإيجاد نيابة عمومية واحدة بقطر كله ، ما دام أن القاعدة في مصر هي وحدة النيابة ، وأن لهذه الوحدة مزاياها . ولهذا نص في الفقرة الثانية من المادة ٥٨ المدلة بالمادة الرابعة من قانون محكمة النقض ، على أن يقوم بتأدية وظيفة النيابة العمومية أمام محكمة النقض ، النائب المسمى ، أو أحد الأفوكات العموميين ، أو أحد رؤساء النيابة .

(٢) يشير رئيس المحكمة إلى دفع أبحاث النيابة في عدة قضايا بعدم قبول الطعن بناء على أنه قد رفع عن أحكام صدرت قبل العمل بقانون محكمة النقض . وقد قضت المحكمة برفض الدفع استناداً إلى المادة ٤٧ من القانون (فقرة أولى) .

في المواد ١٥ وما يليها مرعية (وهي الاجراءات والمواعيد المتعلقة بالطنن في الأحكام في قلم كتاب المحكمة وبايداع الكفالة ، و بإعلان الطعن إلى جميع الخصوم ، وبايداع الأوراق والمذكرات والمستندات) . وظاهر أن المقصود من ملاحظة اتباع الاجراءات المذكورة هو تنبيه المحكمة على ما يقع من مخالفة لها حتى تقضى بالجزاء الذي يترتب عليه القانون على مخالفتها .

٤٤ - الطعن أمام محكمة النقض لمصلحة القانون : على أن الشارع لم يذهب مذهب القانون الفرنسي ، فلم يأذن للنائب العمومي بالطنن أمام محكمة النقض في أحكام محاكم الاستئناف خطأ في القانون ولو لم يرفع أحد من الخصوم نقضاً عنها ، وهو الذي يسمونه في فرنسا الطعن أمام المحكمة لمصلحة القانون dans l'interêt de la loi ولا يترتب عليه أى أثر سوى أنه يسمح للمحكمة العليا بالفصل نظرياً في نقطة قانونية لارشاد المحاكم في قضائها . أما الاجراءات الخاصة بهذا الطعن فتجرى أمام المحكمة بدون تدخل الخصوم الذين حضروا في الدعوى الأصلية ، ولا يكون لحكم محكمة النقض والإبرام في هذه الحالة أى تأثير في تنفيذ الحكم المنقوض وإنما يسجل فقط في سجل المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه^(١) .

وتقول للذكورة الايضاحية في ذلك إنه مع ما في هذا النظام من الفائدة فإنه رؤى أنه يحسن الآن ألا يتقل كاهل محكمة النقض بعمل يمكن القول بأنه نظرى . وإذا رؤى في المستقبل ضرورة لذلك فمن السهل حينئذ اصدار قانون جديد يأذن للنيابة العمومية بالطنن أمام محكمة النقض والإبرام لمصلحة القانون . على أن نظام تقضى الأحكام لمصلحة القانون فضلاً عن أنه ليس معمولاً به في كل البلاد فهو لم يسلم من النقد في فرنسا ذاتها ، فقد قيل إنه نظام لا يستقيم مع المنطق ولا يتفق مع الأصول العامة ، سواء أجعل لحكم النقض تأثير في حقوق

الخصوم أم لم يجعل له أى تأثير فيها . ذلك بأنه إن جعل له تأثير فى الحقوق المقررة بالحكم المتقوض فانه يكون من شأن هذا الجعل المساس بالأحكام التى حازت قوة الشئ المحكوم به وقبلها المحكوم عليهم واستقرت عليها حقوق الطرفين نهائياً ، وإن لم يجعل له تأثير فى حقوق الخصوم ، فانه يكون من شأن ذلك إبقاء الأحكام التى ثبتت مخالفتها لحكم القانون ، ولو بلغت هذه المخالفة حد الاختلال بقواعد النظام العام . ومن التناقض نقض الحكم على معنى مع بقاءه على معنى آخر^(١) . يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض والإبرام — وإن كانت وظيفتها الاشراف على تطبيق القوانين والعمل على استقرار الأحكام فى سبيل المصلحة العامة — ليست دار إفتاء ، بل هى محكمة قضائية قبل كل شئ ، فيجب ألا تنظر إلا فى المنازعات التى يرفعها اليها الخصوم أنفسهم بقصد الحكم فيها بينهم والتأثير بحكمها فى حقوقهم .

وإذ كان نظام القضاء الأهلى لا يميز حضور النيابة أمام المحاكم المدنية (عدا محكمة النقض والإبرام) وكان القضاء محروماً بذلك من مساعدتها فى سائر خطوات التقاضى ، فربما كان الأصح أن يسمح للنيابة بالظمن فى الأحكام النهائية أمام محكمة النقض ، بشرط أن يكون الظمن مبنياً على سبب متعلق بالنظام العام ، وبشرط أن يمحو الحكم الصادر بقبول الظمن كل أثر للحكم المظنون فيه حتى فيما بين طرفى الخصومة .

الفصل الرابع

في المحامين أمام محكمة النقض

٤٥ — الاستعانة بالمحامين : أوجب القانون على الخصوم أن ينيبوا عنهم محامين في القيام بالاجراءات وفي المرافعة أمام محكمة النقض ، فنص على أن يحصل الطعن بالنقض في المسائل المدنية بتقرير يوقعه أحد المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحكمة (المادة ١٥) ، وأن تكون المذكرات التي يودعها الخصوم موقعا عليها من أحد المحامين ، وأن يكون تقديم المستندات بموجب حافظة موقعة من أحد المحامين كذلك (المادة ٢٢) ، وحرّم على الخصوم الحضور شخصيا أمام المحكمة من غير محام معهم (المادة ٣٦) .

وظاهر أن الشارع قد خرج بهذه النصوص على القاعدة العامة المقررة في المادة ٧٠ من قانون المرافعات ، وهي التي تبيح للمتقاضين الحضور بأنفسهم أمام المحاكم . وعلة ذلك أن محكمة النقض — وهي لا تنظر إلا في المسائل القانونية البحتة — يجب أن يتولى تقديم الطعون اليها والمرافعة فيها أمامها المحامون وحدهم ، حتى يقوم ببحث المسائل القانونية وعرضها على المحكمة ومساعدتها في الوصول إلى الرأي الصحيح فيها ، أقلدّ الناس على القيام بها ، وحتى لا يسرف الخصوم — إذا ترك لهم الأمر شخصيا — في رفع الطعون غير المقبولة ، أو الواجبة الرفض ، فتزدحم جداول المحكمة بهذه الطعون ويضيع وقتها في نظرها أو في سماع أقوال خارجة عما يجب حصر الكلام فيه أمامها .

٤٦ — المحامون لدى محكمة النقض : ولم يكف الشارع بإيجاب توكيل محام مّا ، بل رأى أن يكون المحامون الذين يشتركون مع محكمة النقض في المسائل

القانونية المويصة مختصين بقدر ما ، حتى تكون الدعوى قبل رفع النقض قد درست بواسطة قفيه ذى خبرة لا يرفع النقض إلى المحكمة إلا إذا كانت النقطة القانونية التي يثيرها تستحق بحثاً على يد أعلى هيئة قضائية في البلاد^(١) .

ولذلك أعمل فكرة الترخيص لجميع المحامين المقبولين أمام محكمة الاستئناف بالحضور أمام محكمة النقض ، وقصر حق الحضور أمام محكمة النقض على المحامين المقيدين في جدولها^(٢) . ولكنه لم يذهب إلى قصر الحماية أمام محكمة النقض على « هيئة خاصة من بين المحامين » بل رأى من الأصوب في مهنة قوامها الحرية أن يكفى بتحتم شروط الخبرة والتمرين ، فجعل اشتغال المحامى سبع سنوات أمام محكمة الاستئناف شرطاً لازماً لقبوله للمرافعة أمام محكمة النقض ، وجعل لهذه المحكمة أن تقدر بعد ذلك ما إذا كان هذا الاشتغال فعائياً وكافياً للدرجة التي تؤهله للمرافعة أمامها أولاً ، وما إذا لم تكن هناك موانع أخرى تمنع من قبوله . وتقول المذكرة الإيضاحية بعد ذلك :

« وبهذه الطريقة يكون باب القبول أمام محكمة النقض والإبرام مفتوحاً لكل محام اشتغل أمام محكمة الاستئناف سبع سنوات ، ولكن يجب أن يكون قبوله مبنياً على ما بذله من جهد وما اكتسبه من خبرة ، مما تتولى أعلى هيئة قضائية في البلاد تقديره » .

ولهذا أضافت المادة السادسة من قانون محكمة النقض بعد المادة العاشرة من القانون رقم ٢٦ سنة ١٩١٢ مادة أصبحت المادة ١٠ مكررة ، ونصها ما يأتى :

« لا يشتغل بالحماية أمام محكمة النقض والإبرام إلا من أدرج اسمه بالجدول الخاص بمحامى محكمة النقض .

وكل محام اشتغل فعلاً مدة سبع سنوات أمام محكمة الاستئناف ولم تصدر

(١) المذكرة الإيضاحية ص ٢١ .

(٢) الفقرة الثانية المضافة إلى المادة ١٥ من لائحة الحماية بالمادة ٧ من قانون محكمة النقض .

عليه في خلال هذه المدة عقوبة تأديبية بالايقاف ، يجوز لمحكمة النقض والإبرام قيد اسمه ، بناء على طلبه ، بجدول المحامين القبولين أمامها .

ويحسب مدة اشتغال أمام محكمة الاستئناف ، كل زمن قضاء الطالب في القضاء ، أو النيابة ، أو عضواً بقلم قضايا الحكومة ، أو مدرس حقوق بكلية الحقوق الملكية .

ويجوز كذلك أن يقيد بجدول محامى محكمة النقض بناء على طلبهم ، من توفرت فيهم الشروط المنصوص عليها في القانون لمن يعين مستشاراً بمحكمة النقض . وتقدم طلبات التيد ، مع المستندات اللازمة ، إلى رئيس محكمة النقض والإبرام ، ومتى رأت المحكمة ، مجتمعة بهيئة جمعية عمومية (بناء على التقرير الذى يقدمه الرئيس) ، أن الشروط المقررة متوفرة ، وأنه لا يوجد لديها أى مانع آخر ، تأمر بقيد اسم الطالب بالجدول ^(١) .

(١) ولقد اجتمعت الجمعية السومية لمحكمة النقض في ٢٠ مايو سنة ١٩٣١ ، فقال رئيس المحكمة : « قضت المادة العاشرة المكررة التى أضيفت إلى قانون المحاماة لدى المحاكم الأهلية رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ بتقضى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ الخاص بإنشاء محكمة النقض بضرورة إنشاء جدول خاص بالمحامين الذين يقبلون للرافعة أمام هذه المحكمة . ولاحتيال أن يتأخر نشر هذا الجدول ، قد أبحاث المادة ٤٧ من مرسوم القانون المشار إليه الواردة في باب الأحكام الوقتية ، أن يمتد ميعاد رفع الطعن في المواد المدنية المنصوص عليه في المادة ١٤ إلى ثلاثين يوماً بعد نشر الجدول ، وأنه — إلى أن ينشر هذا الجدول — يجوز للمحكمة منقذة هيئة جمعية عمومية أن تدخل على الاجراءات والمواعيد المنصوص عليها في هذا القانون التمديدات التى تراها لازمة لحسن سير العدالة . فالمحكمة بتقضى المادة المذكورة في حل من أن تبيح لمن تراه من المحامين حق التوقيع على تقارير الطعون التى تحرر بقلم كتابها كما هو مقتضى المادة ١٥ . فأقترح على الهيئة : أولاً ، فيما يتعلق بإنشاء الجدول — أنه متى تقدمت طلبات من المحامين لتيد أسمائهم بجدول محكمة النقض ، وقررت الجمعية قبول مائة على الأقل من مقدميها ، تسعين من المقيمين بالجهات التابعة لدايرة اختصاص محكمة استئناف مصر ، وعشرة من المقيمين بالجهات التابعة لدايرة اختصاص محكمة استئناف أسسوط ، وجب إخطار التابة بأسمائهم ، ونشر الجدول المتضمن لها في الجريدة الرسمية ، ويكونون وحدهم هم القبولين للرافعة أمام محكمة النقض ولعمل التقارير في المواد المدنية والتوقيع عليها ؛ وبضاف إليهم ضمناً من قد يقبل طلب قيده من المحامين فيما بعد . وثانياً ، تسهلاً على خصوم الدعاوى =

٤٧ — وقد قلنا في مقالنا « محكمة النقض المصرية »^(١) « إننا لانظن أنه يمكن لقبول الطالب محامياً لدى محكمة النقض أن يكون قد اشتغل سبع سنوات في القضاء أو النيابة أو في قلم قضايا الحكومة أو بالتدريس بكلية الحقوق إذا لم يكن قد أمضى

== أترح على الجمعية العمومية التقرير بأن كل عام مقبول لدى محكمة الاستئناف له الحق في عمل تقارير الطعون في المواد المدنية ، وذلك إلى أن ينشر الجدول المشار إليه في الاقتراح الأول وبعض ثلاثون يوماً بعد نشره حتى يصل عمله إلى الكافة ، وإذا ذاك لا يقبل للعمل إلا المحامون المرفرون لدى محكمة النقض . وهذا الاقتراح لا يسع مطلقاً بما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٤٧ المذكورة من امتداد ميعاد رفع الطعن إلى ما بعد نشر الجدول بالنسبة للأحكام الملنة قبل نشر القانون ولم يرض عليها المياد النصوص عليه في المادة ١٤ ، ولأن النسبة للأحكام الملنة بعد نشره ، بل إن تلك الأحكام جميعاً يقبل فيها الطعن طبعاً في المواعيد الواردة بالفقرة المذكورة . ولأننا الاقتراح الحالي خاص بالطعون في الأحكام التي لم يرض عليها ميعاد المادة ١٤ وقت نشر القانون ، والتي أعلنت بعد نشره ويريد أربابها عملها قبل نشر الجدول ؛ فهذه هي الفترح إمكان حصولها من المحامين المقبولين لدى محكمة الاستئناف بلا شرط ولا قيد ، أي في أي وقت أرادوا إلى أن يمضي ثلاثون يوماً من تاريخ نشر الجدول . على أن الطعون التي تقدم وفق هذا الاقتراح يجب أن ترضى فيها باقي أحكام المادة ١٥ وأحكام ما بعدها من القانون . والجمعية العمومية قررت الموافقة على هذين الاقتراحين .

ثم اجتمعت في ١٥ يونيه سنة ١٩٣١ ، وقرأ عليها رئيس المحكمة التقرير الذي أعده ، فكان مما جاء فيه :

« أن عدد الطلبات بلغ ٢٧٥ ، وأنه غصها واستعلم من حضرة القيب عن حالة كل طالب من جهة كفايته العملية والخلفية » إلى أن قال : « ولما كان من الواجب شدة الاحتياط في قبول المحامين للرافعة لدى محكمة النقض ، وعدم الترخيص بهذا إلا لمن كان جديراً بالقيام بهذه المهمة العلمية الشاقة جدارة تامة ، فاني أرى الآن ألا يقبل منهم إلا الموثوق بكفائتهم وثقوا تماماً مهما قل عددهم عن المائة التي رأت الجمعية العمومية في قرارها السابق ضرورة بلوغها حتى يتحرر الجدول . والذين أراهم الآن حقيقين بالقبول ، بعد الذين استبعدهم القيب ، الثمانية والتسعون محامياً » ثم أخذت الجمعية العمومية في لحس حالة أصحاب طلبات التقييد المقدمة واحداً واحداً ومرات متعددة زيادة في التحري والتجسس ، وقررت أن يقبل الآن الأربعة والتمانون الذين دونت أسماؤهم بالجدول ، وأن هذا العدد وإن كان أقل من المائة إلا أن الجمعية ترى أنه كاف الآن لسد حاجات الجمهور ، وأنه يجب نشر أسمائهم بالبريدة الرسمية ليكونوا هم وحدهم المقبولين أمام محكمة النقض ، وليشتغلوا بالعمل بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ هذا النشر ، وهي المدة التي كانت الجمعية العمومية رأت من باب زيادة التسامح ، الترخيص لكافة المحامين المقبولين أمام محكمة الاستئناف بالعمل فيها وأشارت إليها بقرارها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٣١ . الخ . وكذلك رأت أن لا يسع لأحد أن يطلب قيد اسمه بجدول محكمة النقض كمحام غير مشتغل .

قبل ذلك مدة التمرين في الحاماة ومدة سنتين مشتغلا باسمه أمام المحاكم الابتدائية (وما اللتان اللزمتان لقبوله للرافعة أمام محاكم الاستئناف) أو استوفى هاتين المدينتين مشتغلا بعمل من الأعمال التي تعتبر معادلة للاشتغال بالحاماة. ولذلك رأينا أن يشترط فيمن لم يسبق له الاشتغال بالحاماة أن يكون قد مضى إحدى عشرة سنة في أحد الأعمال المعتبرة معادلة لها: تحسب منها سنتان مدة اشتغال بالحاماة تحت التمرين وستان أمام المحاكم الابتدائية، وسبع سنوات أمام محكمة الاستئناف. قلنا هذا ونقول الآن إنه بمناسبة نظر الجمعية العمومية لمحكمة النقض في الطلب المقدم من الأستاذ سابا حبشي الذي كان قد أرجى الفصل فيه بجلسة ١٥ يونيه سنة ١٩٣١ حتى يتقرر قبوله للرافعة أمام محكمة الاستئناف عرضت هذه الجمعية بجلسة ٣ مارس سنة ١٩٣٢ لبحث المادة ١٠ مكررة السابقة الذكر فلاحظت أن الأخذ بظاهر نص هذه المادة يؤدي حتما إلى تمييز مجحف في بعض الصور، إذ أن المادة السابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ تقضى بالآتي قبل للرافعة أمام المحاكم الابتدائية إلا من أمضى مدة التمرين وهي سنتان، ولا يقبل للرافعة أمام محكمة الاستئناف إلا من قضى سنتين في الحاماة أمام المحاكم الابتدائية. وبما أن المادة ١٠ مكررة تشترط فيمن يقيد اسمه بمجدول محامي محكمة النقض أن يكون اشتغل فعلا مدة سبع سنوات أمام محكمة الاستئناف فتكون إذن مدة الاشتغال بالحاماة في التمرين وأمام المحاكم الابتدائية وأمام الاستئناف الواجبة تمضيها على من يريد قيد اسمه بمجدول الحاماة الخاص بمحكمة النقض هي إحدى عشرة سنة. ذلك بينما أنه على حسب ظاهر نص المادة العاشرة المكررة يجوز لمن قضى سبع سنوات في الاشتغال بالنيابة أو بالقضاء أن يقيد اسمه بمجدول محامي محكمة النقض. وفي هذا تفريق لا مبرر له بين حكم العمل في الحاماة وحكم الاشتغال بالنيابة أو بالقضاء في حين أن المادة الثامنة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ لا تفرق بين العاملين في الحكم إذ هي — في صدد تقرير القبول للرافعة

أمام محكمة الاستئناف — تحتسب من مدة التمرين في المحاماة أو من مدة الاشتغال أمام المحاكم الابتدائية كل زمن يقضيه الطالب في الاشتغال بالنيابة أو القضاء قديراً بقدر، وبما أن الشارع لا يمكن أن يكون قد أراد هذا التمييز المجحف فينبغي تفسير المادة ١٠ المكررة المذكورة بما يتفق مع أصل القانون ولا يتعارض معه، والقول بأن المراد منها هو أن سبع السنوات التي تقضى في النيابة أو القضاء يكون من أمضاها أهلاً من قبل للاشتغال بالمحاماة لدى محكمة الاستئناف. وعلى هذا استقر رأى الهيئة على ألا تقبل قيد اسم محام له مدة اشتغال بالنيابة أو بالقضاء بجدول المحامين الخاص بمحكمة النقض إلا إذا كان قد مضت له في الاشتغال بالنيابة أو بالقضاء أو بهما وبالمحاماة إحدى عشرة سنة، وكان قد قبل أمام محكمة الاستئناف. وعلى هذا الأساس نظرت الجمعية في الطلب المقدم من حضرة الأستاذ سابا حبشى وقررت قبول قيد اسمه بجدول المحامين الخاص بمحكمة النقض والإبرام^(١).

الفصل الخامس

في وظائف محكمة النقض والإبرام الثانوية

٤٨ — قصد بهذه الوظائف ما أعطى لمحكمة النقض والإبرام، وما آل إليها، من الاختصاص بنظر بعض المسائل فوق وظيفتها الأصلية وهي الفصل فيما يرفع إليها من الطعون في الأحكام النهائية. وهذه الوظائف هي:

(١) اختصاصها في رد القضاة ومخاصمتهم (٢) اختصاصها بقبول المحامين للمستقلين أمامها (٣) ما آل إليها من اختصاصات محكمة الاستئناف (٤) وظيفتها التشريعية في تعديل بعض مواعيد الاجراءات.

(١) حضر جلسة الجمعية العمومية لمحكمة النقض في ٢ مارس سنة ١٩٣٢.

٤٩ - (١) **انحصارها في رد القضاة ومخاصمتهم** : كان طبيعياً ، وقد أنشئت محكمة النقض ، أن تتولى هي الفصل في القضايا الخاصة برد مستشاريها ومخاصمتهم ؛ ولذلك نظمت المادتان ٤٠ ، ٤١ من قانون محكمة النقض الاجراءات المتعلقة بردهم ومخاصمتهم بما اضافته إلى قانون المرافعات من نص المادتين ٣٢٨ المكررة و ٦٦٤ المكررة وهما :

المادة ٣٢٨ مكررة - « إذا طلب رد أحد مستشاري محكمة النقض والإبرام فتفصل فيها نهائياً الدائرة التي لا يكون المستشار المطلوب رده عضواً فيها ولا يقبل طلب الرد إذا كان موجهاً ضد محكمة النقض والإبرام بأكملها ، أو ضد دائرة بأكملها » .

المادة ٦٦٤ مكررة - « إذا كانت العريضة المحكوم بقبولها حاصلة في حق أحد مستشاري محكمة النقض والإبرام فتحال القضية إلى دوائر المحكمة المذكورة مجتمعة » .

وقد رأى الشارع كذلك أن يستبدل محكمة النقض بالهيئة التي كانت تؤلف بتمتضي المادة ٣٢٨ مرافعات قبل تعديلها بالمادة ٣٩ من قانون محكمة النقض من مستشاري محكمة الاستئناف ورؤساء المحاكم الابتدائية وكلائها وقضاتها ، للفصل في طلب رد جميع قضاة محكمة الاستئناف ، أو طلب رد بعضهم ، بحيث لا يبقى منهم عدد يكفي للحكم في طلب الرد ، والحكم في الدعوى الأصلية إذا قبل الرد ، فجعل الاختصاص في ذلك لمحكمة النقض والإبرام بالمادة ٣٢٨ المعدلة بتمتضي المادة ٣٩ المتقدمة الذكر ونصها :

« إذا طلب رد جميع قضاة محكمة الاستئناف أو بعضهم بحيث لم يبق من عددهم ما يكفي للحكم في ذلك فترفع مسألة الرد والدعوى الأصلية إذا قبل ذلك الرد إلى محكمة النقض » .

ولئلا تتحقق الصورة التي كانت تدعو إلى تأليف مثل تلك الهيئة الشاذة

للفصل في رد قضاة أعلى من أعضائها قد نص في المادة ٣٢٨ مكررة السابقة الذكر على عدم قبول طلب الرد « إذا كان موجهاً ضد محكمة النقض والإبرام بأكملها ، أو ضد دائرة بأكملها » .

٥٠ - (ب) اختصاصها بقبول المحامين المشتغلين أمورها وتأديبهم :
كذلك كان طبيعياً ، وقد قصر القانون الاشتغال بالحاماة أمام محكمة النقض والإبرام على من تتوفر فيه شروط خاصة ، أن يوليها هي النظر في طلبات القيد بمجدول المحامين المقبولين أمامها ، ولهذا نص في الفقرة الرابعة من المادة ١٠ المكررة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ المضافة بمقتضى المادة ٦ من قانون محكمة النقض ، على أن طلبات القيد تقدم مع المستندات اللازمة إلى رئيس محكمة النقض والإبرام ، ومتى رأت المحكمة مجتمعة بهيئة جمعية عمومية (بناء على التقرير الذى يقدمه الرئيس) أن الشروط المقررة متوفرة ، وأنه لا يوجد لديها أى مانع آخر تأمر بقيد اسم الطالب بالمجدول .

٥١ - (ح) اختصاصها التى آلت إليها من محكمة الاستئناف :
آلت إلى محكمة النقض والإبرام بمقتضى المادة ٤٩ من قانونها كل الوظائف التى كانت تباشرها « محكمة الاستئناف الأهلية منعقدة بهيئة محكمة نقض وإبرام » أو « محكمة استئناف مصر منعقدة بهيئة محكمة نقض وإبرام » . فصار لها الاختصاص بنظر قضايا تأديب المحامين المقبولين للرافضة أمام محكمة الاستئناف والطعون في تشكيل الجمعية العمومية للمحامين ، أو في تأليف مجلس نقابتهم (٥٤ من لائحة الحاماة) .

وكذلك قل إليها الاختصاص بتأديب قضاة المحاكم الأهلية على اختلاف درجاتهم (ولهذا ألغيت المادة الخامسة من قانون محكمة النقض المواد ٥١ و ٥٢ و ٥٣ من الأمر العالى الصادر في ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ واستبدلت بها نصوصاً

جديدة) ، والاختصاص بالتصديق على اللائحة الداخلية لنقابة المحامين أمام المحاكم الأهلية وعلى كل ما يطرأ عليها من التعديلات (وذلك بتمتضى المادة ٤٨ من لائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية المعدلة بالمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٣١) .

٥٢ - (٥) **وتطبقها التشريعية :** وقد خول المحكمة النقض بالمادة ٣٤ من القانون سلطة تعديل مواعيد الإجراءات التحضيرية المنصوص عليها في الفصل الثالث من هذا القانون ، ما عدا المنصوص عليها في المادتين (١٤ و ١٧) ، وتحديد مواعيد الإجراءات المبينة في الفصل المذكور والتي لم يحدد لها مواعيد في القانون ، وذلك بقرارات تصدرها الجمعية العمومية ، ويصدق عليها بقرار من وزير الحقانية ينشر بالجريدة الرسمية .

وتقول المذكرة الإيضاحية إن « هذا مبدأ جديد في التشريع المصرى قد أخذ عن النظام الانكليزى ، ويتفادى به سن قوانين في مواد الإجراءات البسيطة التى تكون المحكمة أقدر على تقديرها وأسرع فى تقريرها^(١) » .

الكتاب الأول

في حالات الطعن

الباب الاول

في حالات الطعن على الجملة

الفصل الأول

في حصر هذه الحالات ، وتبيانها ، وذكر الكليات المتعلقة بها

١ — لا يجوز الطعن بطريق النقض إلا في الأحوال التي بينها القانون
بيان حصر .

٢ — وهي في القانون الفرنسي :

(١) مخالفة القانون *La contravention à la loi*

(٢) مخالفة الإجراءات الشكلية *Les violations des formes*

(٣) التناقض في الأحكام *La contrariété des jugements*

(٤) عدم الاختصاص *L'incompétence*

(٥) تجاوز السلطة *L'excès du pouvoir*

ومخالفة القانون منصوص عليها في المادة ٣ من قانون ٢٧ نوفمبر — أول
ديسمبر سنة ١٧٩٠ ، والمادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ .

ومخالفة الإجراءات الشكلية منصوص عليها في المادة ٤٨٠ من قانون
المرافعات باعتبارها حالة من أحوال التماس إعادة النظر ، وفي المادة ٧ من قانون
٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ باعتبارها من حالات الطعن بالنقض .

والتناقض في الأحكام منصوص عليه في المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات

باعتباره حالة من حالات الطعن بالنقض ، وفي المادة ٤٨٠قرة سادسة من هذا القانون باعتباره حالة من أحوال الالتباس ، وبهذا تداخلت بعض وجوه الطعن بالالتباس في وجوه الطعن بالنقض ، واحتيج إلى وضع أساس علمي يمنع هذا التداخل .

أما حالة عدم الاختصاص فلم يرد بشأنها إلا نص الفقرة السادسة من المادة ٣٥ من قانون ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ التي جوزت الطعن في قضايا استئناف قضاة الصلح ومجالس الصناعات في مسائل الاختصاص .

أما تجاوز السلطة فقد جاء ذكره في المادتين ١٤ و ١٥ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٥ وفي المادتين ٨٠ و ٨٨ من قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨

وقد اقتصر القانون البلجيكي على مخالفة القانون (pour contravention à la loi) ومخالفة الإجراءات الشكلية الجوهرية أو التي رتب عليها البطلان^(١) (pour violation des formes, soit substantielles soit prescrites à peine de nullité)

٣ - في القانون المصري : والظاهر أن الشارع المصري قد استفاد مما كتبه الفقهاء الفرنسيون قدماً لقانونهم ، وبما جرت عليه محكمة النقض من مد رقابتها إلى تطبيق القانون وتأويله ، ولذلك أحسن بيان الأحوال التي يجوز فيها الطعن ، فقد أجازها فيما يأتي :

(١) مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله (٢) وقوع بطلان جوهري في الحكم (٣) وقوع بطلان في الإجراءات مؤثر في الحكم (٤) فصل الحكم في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم

(١) قانون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٦ (المادة ١٩ منه) منشور في شوفين من ٨٩٧ ويقول شوفين (فقرة ٦٨) إن مخالفة القانون تشمل مخالفة قواعد الاختصاص وتجاوز السلطة وإن قانون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٦ على ما يظهر من التقرير الذي قدمه المستشار آلار Allard باسم اللجنة المشكلة لإعادة النظر في قانون المرافعات قد ألغى نص المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات الغاء ضمناً فلم يصبح الطعن بالنقض حالة مستقلة من حالات الطعن . وراجع أيضاً في ذلك سيمويه فقرة ١٩٧ ص ٢٠٠ .

وحاز قوة الشيء المحكوم به ، سواء أُدفع بهذا الدفع أم لم يدفع (المواد ٩ و ١٠ و ١١ من قانون إنشاء محكمة النقض)^(١).

والأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف هي وحدها التي يجوز الطعن فيها في جميع الأحوال . والأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية يجوز الطعن فيها في الحالة الأخيرة . أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فيجوز الطعن فيها في الحالة الأولى بشرط أن يكون الحكم صادرا في قضية استئناف حكم محكمة جزئية ، وأن تكون القضية المحكوم فيها من قضايا وضع اليد ، أو أن يكون الحكم صادرا في مسألة اختصاص نوعي أو متعلق بوظائف المحاكم الأهلية .

ويستفاد من هذه النصوص (٩ و ١٠ و ١١ من القانون) :

أولا : أن شارعنا لم يجعل الطعن يتجاوز المحاكم حدود وظائفها القضائية المبينة في المادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، ولا الطعن بمخالفة أحكامها لقواعد الاختصاص النوعي ، حالة طعن مستقلة ، وذلك من جهة لدخولها كليهما في حالة مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، ومن جهة أخرى لانتهاء العلة التي قامت في فرنسا على تخصيصهما من عموم حالة الطعن بمخالفة القانون .

ثانياً : وأنه جعل الطعن المبني على وقوع بطلان في الحكم أو في الاجراءات مقصورا على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف .

(١) وحالات الطعن في القانون التركي الصادر في ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ على ما جاء بالمادة ٤٢٨ مرافعات هي : ١ — الخطأ في تطبيق القانون أو في تطبيق الاتفاق بين طرفيه — ٢ — عدم اختصاص المحكمة — ٣ — تناقض الحكمين الصادرين بين المحصور في النزاع الواحد — ٤ — اليب الشكلي في الحكم أو في القرار المطعون فيه — ٥ — الخطأ في تقدير مسألة مادية pour erreur d'appréciation d'une question matérielle — ٦ — عدم تسيب الحكم الصادر برفض تحقيق طلبه أحد المحصور لاثبات مدعياته .

ثالثاً : وأنه فطن إلى ما وقع في النصوص الفرنسية من القصور وسوء التحرير ، فطف على جواز الطعن في الأحكام « مخالفتها للقانون » جواز الطعن فيها « خطأ في تطبيقه أو في تأويله » .

رابجاً : وأنه أحسن في تحرير المادة ١١ المقابلة لنص المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات الفرنسية الخاصة بمحالة التناقض ، على ما استراه مفصلاً في موضعه .

٤ — وجميع هذه الأحوال قد يمكن ردها إلى حالة « مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله » : فالتناقض بين الحكمين يصدران في النزاع الواحد بين الخصوم أنفسهم لا يقع في الغالب إلا عن مخالفة لنص المادة ٢٣٢ من القانون المدني ، أو عن خطأ في تطبيقها أو في تأويلها . والبطلان في الحكم أو في الاجراءات لا يقع إلا عن مخالفة القواعد القانونية التي يجب اتباعها في إصدار الأحكام وتحريرها ، أو في السير في الدعوى من بدء رضا إلى حين صدور الحكم فيها .

ومما يمكن من امكان رده هذه الأحوال إلى حالة مخالفة القانون ، فإن الشارع أثر أن يفرد كلا منها بالذكر باسمه الخاص ، تمييزاً لأحكامه الخاصة به عن أحكام غيره . وسترى الفرق بين كل واحدة من هذه الحالات والأخرى في باب « ما يجوز الطعن فيه من الأحكام بطريق النقض » ؛ ورفقاً آخر عند الكلام في سلطة محكمة النقض على موضوع الدعوى عند قضائها في كل حالة بنقض الحكم المطعون فيه ؛ ورفقاً ثالثاً عند الكلام مفصلاً على التناقض بين الحكمين .

٥ — وإذا رددت هذه الأحوال إلى مردها الجامع المتقدم الذكر اتضح لك أن مهمة محكمة النقض تنحصر في الرقابة على الأحكام الالتهائية من ناحية ما يقع فيها من خطأ في القانون ، وأن هذه الرقابة لا تمتد إلى غير ذلك مما فصلت فيه هذه الأحكام من مسائل موضوع الدعوى .

وإذن فيشترط في كل وجه طعن يرفع للمحكمة ألا يتعرض للحكم من جهة

خطئه في تقرير وقائع الدعوى (erreur de fait) بل يكون مبناه مخالفة الحكم للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله .

وإذا التفت إلى أنه لا يمكن النعي على حكم بمخالفته للقانون أو بخطئه في تطبيقه أو في تأويله إلا إذا كان ذلك الوجه القانوني قد عرض صراحة أو ضمناً على المحكمة المطعون في حكمها ، تبين لك وجه ما اشترطوه في أسباب الطعن من وجوب سبق عرضها على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه .

وإذن فينبغي لنا قبل تفصيل الكلام في حالات الطعن حالة حالة ، أن نبسط القول في الكليات الآتية التي تصدق على الحالات جميعاً وهي :

(١) ما المراد من كلمة « القانون » في المادة ٩ و ١٠ من قانون محكمة النقض ؟

(٢) ما هو الخطأ في الواقع ، وما هو الخطأ في القانون ، وكيف يدون التمييز بين وقائع الدعوى ومسائلها القانونية ؟ .

(٣) ما هو السبب الجديد ، ومتى يكون ، ومتى يقبل وجهاً للطعن ؟

الفصل الثاني

ما المراد بكلمة « القانون »

٦ — بعد أن بينت المذكرة الإيضاحية لم استعمل الشارع — عند بيان الحالة الأولى من حالات الطعن بطريق النقض — عبارة « مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه أو في تأويله » ، قالت : « أما ما يجب أن يفهم من كلمة « القانون » فإن المشرع أحمله عمداً حتى تتولى محكمة النقض والإبرام نفسها تحديد المعنى المقصود من هذه الكلمة هنا . ومن الواضح أن هذه الكلمة

لا تشير إلى القوانين التي يتسق لها هذا الوصف وحدها ، أى الأوامر الصادرة من السلطة التشريعية ، بل إلى كل أمر يصدر من السلطة المختصة وتنشأ عنه حقوق . على أن محكمة النقض والإبرام تسترشد في هذا الصدد بقضاء محكمة النقض والإبرام في بلجيكا وفرنسا وإيطاليا حيث تسنى لها في كثير من الأحيان أن تحدد المعنى المقصود من كلمة « القانون » لأن عبارة مخالفة القانون « violation à la loi » ou « contravention à la loi » واردة في تشريع هذه البلدان الثلاثة للدلالة على أهم سبب من الأسباب التي تميز الطعن بطريق النقض .^(١)

ومعنى ذلك أن ليس المراد من كلمة القانون ما تسنّه السلطة التشريعية بالأوضاع المعتادة المبينة في الدستور فحسب (les lois formelles) بل كل ما كانت مادته من قواعد السلوك المفروضة في المعاملات ، سواء أكان الذي فرضها ورتب الجزاء على مخالفتها هو صاحب السلطان أم غيره من نحو عرف أو دين (les lois matérielles)^(٢) . فكلمة « القانون » تتناول إذن أعمال التشريع من القوانين وما جرى مجراها ، كما تتناول الشريعة الإسلامية ، والعرف ، وجوامع الكلم الفقهية ، وآراء الفقهاء ، وقضاء المحاكم ، وأصول العدل والإنصاف ، والمعاهدات ، والقوانين المختلطة ، والقوانين الدينية ، والقوانين الأجنبية في الحدود التي يجب الأخذ بها لدى المحاكم الأهلية .

٧ — أعمال التشريع : كان في مصر قبل إصدار الدستور تشريع قائم أصدرته هيئات غير التي رتبها الدستور . ونظراً لاختلاط السلطين التشريعية والتنفيذية في ذلك الحين كانت الأحكام العامة توضع تارة في صورة قانون ، وحيناً

(١) المذكرة الإيضاحية ص ٢٢ .

(٢) وبهذا الاصطلاح قال : إن قانون العرف مصدره المادى العادات المختلفة ، ومصدره الرضى إشارة الشارع إلى العمل به .

في صورة لأئمة أو إرادة سنية ، وطوراً في صورة أمر كريم ، أو قرار أو منشور ، إلى غير ذلك من الصور التي هي أدخل في أعمال السلطة التنفيذية منها في أعمال السلطة التشريعية . ومهما كان من اختلاف في هذه الصور فقد كان لها جميعاً قوة القانون وقاذه^(١) .

ولهذا أوجب الشارع بالمادة ٢٨ من لأئمة ترتيب المحاكم الأهلية اتباع القوانين المصرية التي ستنشر (هي القوانين الأهلية التي أصدرها في سنة ١٨٨٣) والأوامر واللوائح الجاري العمل بها الآن ، متى كانت أحكامها غير مخالفة لهذه القوانين ، والأوامر واللوائح التي تنشر فيما بعد بحسب القواعد المقررة .

٨ — ولما نظم دستور سنة ١٩٢٣ السلطات المختلفة في الدولة ، وأوجب اشتراك الأمة اشتراكاً فعلياً في التشريع ، وأصبحت السلطة التشريعية تملك حق التعرض بالحج والإثبات والتعديل لما تناوله التشريع القديم ، كان على الدستور أن ينص على نقاذ أحكام ذلك التشريع حتى لا يسقط بسقوط النظام القديم فتقع القوضى والاضطراب في المعاملات . ولهذا نص في المادة ١٦٧ منه على أن « كل ما قرره القوانين والراسم والأوامر واللوائح والقرارات من الأحكام ، وكل ماسن أو اتخذ من قبل من الإجراءات طبقاً للأصول والأوضاع المتبعة يبقى نافذاً بشرط أن يكون قناذه متفقاً مع مبادئ الحرية والمساواة التي كفها هذا الدستور . وذلك بدون إخلال بما للسلطة التشريعية من حق إلغائها وتمديداتها في حدود سلطتها ، على أن لا يس ذلك بالمبدأ المقرر بالمادة ٢٧ بشأن عدم سريان القانون على الماضي » .

وقد روعي في وضع هذه المادة أنه إذا اكتفى بالإشارة إلى أن القوانين وحدها تظل نافذة ، قصر هذا عن حكاية الحال ، فإن من الأحكام المنظمة

(١) اقرأ في معنى القوانين والأوامر والديكرتات والراسم بالقوانين قديماً وحديثاً : (كولان وكايتان جزء أول طبعة ثالثة ص ٢٤ إلى ٢٧) .

لبعض الشؤون ما لم يوصف بأنه قانون كالمراسيم واللوائح والقرارات ، ويخشى إن لم يشر إليها بجانب القوانين أن يقال يسقطها عند صدور الدستور ، ولذلك أضيف إلى « القوانين » تلك الصور المختلفة التي كانت تشرع بها الأحكام اتقاء لهذا المحذور . ولما كان يخشى من جهة أخرى أن يكون في الإشارة في الدستور إلى تلك الصور ما يجعل لها قوة لم تكن لها بحسب النظام الذي وضعت في عهده ، وجب الاحتياط بالنص على ما يمنع هذا المحذور حتى لا يصح الباطل بحسب النظام الجديد ، فقيل « وكل ماسن أو اتخذ من قبل من الأعمال والاجراءات طبقاً للأصول والأوضاع المتبعة يبقى نافذاً ... الخ » . ولما كان يترتب حتماً على صدور الدستور إلغاء الجمعية التشريعية فقد نص في المادة ١٦٩ منه على أن « القوانين التي كان يجب عرضها على الجمعية بمقتضى المادة الثانية من الأمر العالى الصادر في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٤ تعرض على مجلسى البرلمان في دور الانعقاد الأول ، فإن لم تعرض عليهما في هذا الدور بطل العمل بها في المستقبل » .

٩ — ولما عدل هذا الدستور وكان لا يمكن على العموم تنفيذ الدستور الجديد إلا حين يشكل البرلمان ويجتمع ، وجب أن تبين فيه طريقة التشريع في الفترة التي بين النظامين ، وأن يعاد فيه كذلك تقرير بقاء الأحكام السابقة للدستور الأول معمولاً بها ؛ ولذلك نصت المادة الثالثة من الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بوضع نظام دستوري للمملكة المصرية على أنه « من تاريخ نشر الدستور يتولى الملك السلطة التشريعية والسلطات الأخرى التي خص بها البرلمان ويباشرها وفقاً لأحكام المادتين ٤٨ و ٦٠ من الدستور ، بمراسيم من لدنه على أن يراعى عدم مخالفة ما يستلزمه من الأحكام المبادئ الأساسية المقررة بالدستور » . ونص في المادة السادسة منه على أن « كل ماقرره القوانين والمراسيم والأوامر واللوائح والقرارات من الأحكام ، وكل ماسن أو اتخذ من قبل من الأعمال والاجراءات طبقاً للأصول والأوضاع التي كانت متبعة حتى نشر أمرنا الرقيم

نمرة ٢٤ لسنة ٢٣ وكل ماقدرته المراسيم التي اعتبرها قانون نمرة ٢ سنة ٢٦ في حكم الصحيحة ، من الأحكام ، يبقى نافذاً بشرط أن يكون نافذاً متفقاً مع مبادئ الحرية والمساواة التي يكفلها الدستور وكل الأحكام ، وكل ماسن أو اتخذ من الأعمال والاجراءات طبقاً للأصول والأوضاع التي قررها أمرنا رقم ٤٦ لسنة ٢٨ ، تبقى كذلك نافذة وتظل تنتج آثارها غير منقطعة الحكم في الماضي . وكذلك يكون الحال في الأحكام وكل ماسن أو اتخذ من الأعمال والاجراءات منذ ٢١ يونيه سنة ١٩٣٠ حتى نشر هذا الدستور .

١٠ — ولما اقتضت الحال إلغاء النظام المقرر بالأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ وأصدر الأمر الملكي رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ قضت المادة الثالثة منه بما نصه : « إلى أن ينفذ الأمر الملكي بوضع النظام الدستوري الذي يحل محل النظام المشار إليه في المادة الأولى ، تتولى نحن السلطة التشريعية والسلطات الأخرى التي خص بها البرلمان حتى الآن ، كما تتولى السلطة التنفيذية . وتباشر هذه السلطات المختلفة بوساطة مجلس وزرائنا ووزرائنا على مسؤوليتهم طبقاً لمبادئ الحرية والمساواة التي كانت دائماً قوام النظام الدستوري في مصر » .

ونصت المادة الخامسة على أن « يبقى نافذاً كل ماقدرته القوانين والمراسيم والأوامر واللوائح والقرارات والأحكام ، وكل ماسن أو اتخذ من قبل من الأعمال والإجراءات طبقاً للأصول والأوضاع التي كانت متبعة في حينها ، وكل ما أنفذه الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بشرط أن يكون نافذاً متفقاً مع ماسبقت الإشارة إليه من مبادئ الحرية والمساواة ^(١) » .

(١) وعلى مقتضى هذا الأمر الملكي صدرت المراسيم بالقوانين الآتية يانها : ١ — رقم ٦٣ سنة ١٩٣٤ بإلغاء القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٣٣ بإضافة فقرة إلى المادة ٤١ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ الخامس بلائحة الهامة أمام المحاكم الأهلية ٢ — ورقم ٦٤ لسنة ١٩٣٤ بشأن إعادة العمل ببعض أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٩ للمطلة بالرسوم بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٣٤ — ٣ — رقم ٢٩ لسنة ١٩٣٥ بإلغاء القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٣٢ — ٤ —

١١ - إعادة دستور سنة ١٩٢٣ : ثم أعيد دستور سنة ١٩٢٣ بالأمر الملكي رقم ١١٨ سنة ١٩٣٥ (الصادر في ١٦ رمضان سنة ١٣٥٤ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥) . وقد جاء في المادة الثانية من هذا الأمر أنه يعمل بالنظام المذكور من تاريخ انعقاد البرلمان ، وتظل أحكام المواد ٣ و ٤ و ٥ من أمرنا رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ معمولاً بها حتى ينفذ ذلك النظام .

١٢ - وعلى ذلك فكلية القانون لا تشمل فقط القوانين الأهلية ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي أصدرتها الحكومة الخديوية ونشرتها سنة ١٨٨٣ ، بل تشمل أيضاً الأوامر واللوائح والقرارات والمنشورات التي كان العمل بموجبها جارياً عند نشر هذه القوانين بالقيود المبينة بالمادة ٢٧ من لائحة ترتيب هذه المحاكم . ومن هذه الأوامر واللوائح الأمر العالي الصادر في ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ الخاص بالحجز لتحصيل الأموال الأميرية ، وقانون المقابلة الصادر به ديكريته ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧١ ، وقانون ٦ يناير سنة ١٨٨٠ الذي أنشئ المقابلة ، واللائحة المؤرخة في ٧ صفر سنة ١٢٨١ (١٠ يونيو سنة ١٨٧٢) التي أشير إليها في المادة ١٨ من القانون المدني ، ولائحة الأطباء السعيدية المتوجة بالأمر العالي الصادر في ٢٤ ذي الحجة سنة ١٢٧٤ (٥ أغسطس سنة ١٨٥٨) ، والأوامر المختصة بنظام الأراضي في القطر المصري التي كان على الحكومة المصرية بمقتضى المادة ٣٦ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة أن تنشرها وقد صدر مجموعتها لنظارة الحفانية والتجارة أمر عال في ٧ شعبان سنة ١٢٩٢ نمرة ٨^(١) .

== رقم ٤٥ سنة ١٩٣٥ بشأن العقود ذات الصيغة الدولية - ٥ - رقم ٢٨ لسنة ١٩٣٥ بتعديل بعض أحكام الباب الرابع عشر من الكتاب الثاني والباب السابع من الكتاب الثالث من قانون القبولات الأهلي .

(١) وقد أخذت محكمة النقض بهذا الأمر بحكم استبعدت به أمرين عالين كانا خاصين بعدم تملك عربان مربوط بعض الأراضي وكانت هذه المجموعة المشار إليها في المتن قد استبعدتها . وقد أوردت المحكمة نص أمر ٧ شعبان سنة ١٢٩٢ المتقدم الذكر في حكمها (ن . م . م ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٥ ص ٢٨٧) .

وتشمل كلمة القانون أيضاً جميع ما نصت على نفاذه وإقراره المادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣ ، والمادة الثالثة من الأمر الملكي رقم ٧٠ سنة ١٩٣٠ والمادة الخامسة من الأمر الملكي رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ .

١٣ - **الشريعة الإسلامية** : وتعتبر الشريعة الإسلامية جزءاً من القانون المصرى فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت فى ظلها قبل إنشاء المحاكم الأهلية ، لأنها كانت وقتئذ القانون المعمول به أمام المجالس الملفة . وكذلك اعتبرت القوانين المصرية الشريعة الإسلامية جزءاً منها فيما أحالته هذه القوانين إليها أو جرى العرف على موجبها فيه . ويضيق هذا الكتاب عن حصر ما أحال القانون بمجملته إلى الشريعة الإسلامية وما أحاله إليها فى بعض مسأله كالإيراث والوقف ^(١) .

(١) وقد جرى القضاء على الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية فى علاقة الوارث بمورثه ، قضى باعتبار التركة أنها على حكم ملك الميت وأن للورثة حق وضع اليد عليها فأعين مقام مورثهم لتصفيتها لحسابه وأن للدائنين استيفاء ديونهم من الورثة على هذا الاعتبار ، كما قضى من جهة أخرى بأن علاقة الورثة بأولئك الدائنين فيما يخرج عن يان الوارث ونصيبه فى التركة وعلاقة الدائنين بمن تعامل مع الورثة وعلاقة المشتري من المورث والمشتري من الوارث جميعها علاقات مدنية يحكمها القانون المدنى (أبو هيف « القانون الدولى الخاص » ص ١٠٥٠ إلى ص ١١٠٤ ، والمراجع المهمة بهذه الصحف) .

وجرى القضاء أيضاً على الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية فى إنشاء الوقف وإثباته وما يلزم لحفظه وصيائه ، وفى علاقة الناظر به من حيث توليته وعزله ، والاستدانة على الوقف ، وفى علاقة المستحق به كذلك من ناحية يان حقوقه ووصفها وكتبها وكيفية استحقاقها ، وفى علاقة المستحقين بعضهم بعض ، وفى تحديد الحقوق المرتبة على الوقف من عدم جواز يمه إلا بالشرط وفى الظروف الخاصة المروفة ، وفى الحسكر والكسكد والسكنى والكردار والجارين والمرصد ، لأن جميع ذلك خاضع للشريعة الإسلامية ولوائح المحاكم الشرعية .

وجرى قضاء محكمة استئناف مصر بأن مدة التناقد فى الوقف والميراث ٣٣ سنة (أبو هيف « القانون الدولى الخاص » ص ١١٢٥ إلى ص ١١٣٥ ، وحكم الدوائر الجمعية فى ٤ مارس سنة ١٩٢٩ فى القضية نمرة ٤٥٨ سنة ٤ قضائية المحاماة سنة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) . وانظر حكم محكمة القضاء فى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ (المحاماة سنة ١٥ قسم أول رقم ٤٠ ص ٧٦) فى ماهية الحسكر وتقدير قيمته السنوية ، وفى معنى قولهم : « إن تقدير أجره الحسكر يكون على مثل أرض الوقف » وفى أن محكمة القضاء إذا لم تهد إلى الطريقة التى تكون قد راعتها محكمة =

١٤ — فعلى القاضى من تلقاء نفسه أن يثبت من القاعدة الشرعية المنطبقة على القضية المعروضة عليه وأن يطبقها كما ثبتت لديه، ورأيه فى ذلك خاضع لرقابة محكمة النقض .

غير أنه نظراً إلى أن الشارع لم يعن إلى الآن بتجميع قواعد الشريعة الإسلامية وإخراجها على صورة القانون مادة مادة، ولبقاء هذه القواعد فى مظانها من كتب الفقه إلا ما أخرجه منها الفقيه المصرى الكبير المرحوم قدرى باشا فى كتبه « الأحوال الشخصية » و « مرشد الحيران » و « قانون العدل والانصاف » كان حتماً مقضياً على الحاكم الأهلية أن تأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة، ماعدا الأحوال التى نص أو ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فهذه يجب الأخذ فيها بتلك القواعد، كما حتم الشارع ذلك على الحاكم الشرعية بالمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٩ التى ألغت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون نمرة ٢٤ سنة ١٩٢٠ واستبدلت بها مادة جديدة نصها : « تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ماعدا الأحوال التى نص أو ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد » . وقد وضعت هذه المادة بهذا النص أخيراً فى المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . ولقد فرقت محكمة النقض الفرنسية بين الطعن بمخالفة الحكم للشريعة الإسلامية من ناحية عدم تطبيقها فى الأحوال التى يجب تطبيقها فيها، وبين الطعن بخطأ الحكم فى تأويل قواعد هذه الشريعة، فحوت على نقض الحكم وإحالة القضية إلى محكمة موضوع أخرى للفصل فيها من جديد فى الأحوال الأولى، وعلى رفض

== الموضوع فى تقدير الحكم وهل كانت منسبة مع المبادئ التى قررتها فى هذا الحكم، نقضت الحكم المطعون فيه لقصوره . وانظر حكمها فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ (الحاماة س ١٦ رقم ٩ س ١٨) فى تحديد المراد بعبارة « أصل الأوقاف » الواردة بالمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وفى أن المحاكم الأهلية غير مختصة بنظر دعوى بطلان وقف المريض مريض الموت .

الطعون في الأحوال الثانية إلا إذا أثبت الطاعن بما لا ريب فيه أن ما أخذ به الحكم من قواعد الشريعة لم يكن هو أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة ، وأن الأرجح هو خلافه ، وهو ما اقتضاه الحذر من الوقوع في الخطأ في تعيين أرجح الأقوال في هذا المذهب ^(١) .

ونظن أن الصواب هو في إخضاع رأى القاضى في جميع ذلك لرقابة محكمة النقض لأن رأيه يكون اجتهداً في القانون الواجب تطبيقه ، ومعالجة الخطأ في هذا الاجتهاد من أخص وظائف محكمة النقض .

١٥ — أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة الإسلامية ، وطبعه بطابعه وأدجمه في القوانين المصرية ، كأحكام بيع المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات في القانون التجارى ، فإنه يكون قانوناً بذاته تطبقه المحاكم وتفسره غير متقيدة بآراء أئمة الفقه الاسلامى ، وقضاؤها فيه يكون خاصاً لرقابة محكمة النقض .

(١) ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨١ (س ٨٢ — ١ — ٢٦٥) وقرأ مرافعة الأوكواتو المسمى في شأن عدم وجود نصوص للشريعة الاسلامية تشبه نصوص القوانين ، وأن ليس لها في أحكام الفروع إلا آراء للأئمة المجتهدين ، وكثير ما هي ، وأنه يصعب لذلك معرفة أرجح الآراء فضلاً عن الرجوع منها . ولذلك يرى أن تلك محكمة النقض ملك الحفر ، فلا تنقض الحكم المطعون فيه إلا إذا أثبت الطاعن أن هذا الحكم أخطأ أرجح الآراء . وقد صدر هذا الحكم في الحادثة الآتية :

وهب مسلم لابنته عند تزويجها حبة لم يقبضها ثم ماتت والحبة في يده فتنازعا ورثته ، حكمت محكمة استئناف بوندشيرى بأنها تركت لعدم القبض ، فطن في الحكم بأن هذه الحبة مستنتاة من حكم القاعدة الشرعية القاضية بأن الحبة لا تتم إلا بالقبض ، فأمرت محكمة النقض الحكم المطعون فيه وقالت في أسباب حكمها : إن الطاعن لم يقدم للمحكمة ما يثبت صحة ما يدعيه من وجود هذا الاستثناء ، وإن ما قدمه من الآراء لم يقنعها بأنه أرجح الآراء . وراجع حكم ٢٥ مارس سنة ١٨٧٣ (١٨٧٣ — ١ — ٢٥١) .

ولهذا يقرر المستشار قاضى في آخر الفترة ١٠٨ من كتابه بأن محكمة النقض مع تسليمها بأن الشريعة الإسلامية متى وجب تطبيقها تصبح جزءاً من القانون الفرنسى ، قد اضطرت للاعتراف بسلطة قاضى الموضوع في أمر التحقق من النص الواجب تطبيقه ومن وجه التفسير لواجب الأخذ به .

١٦ — **العرف**: ^(١) والقواعد التي يتواضع عليها الناس تحديداً لعلاقتهم في التعامل ويستمرّون على الأخذ بمقتضاها مدة طويلة معتقدين أنها الشريعة الواجب اتباعها تسمى عرفاً . ولا تعتبر العادة عرفاً ملزماً إلزام القانون إلا إذا كانت عامة قديمة مطردة ثابتة غير مخالفة للقانون ولا للآداب العامة ولا للقواعد الأساسية للنظام السياسي أو الاقتصادي ، فإن لم تبلغ العادة مبلغ العرف الملزم فلا تنأى لها قوة الإلزام إلا على اعتبارها شرطاً ملحوظاً في العقود ، ولذلك سميت بالعادة الاتفاقية ^(٢) .

وللعرف اعتبار غير منكور في مصر ، ومن مآثور ما قيل فيه قولهم : « المعروف عرفاً كالمشروط قطاً » و « المتنع عادة كالمتنع حقيقة » و « العرف بين التجار كالمشروط بينهم » و « التمين بالعرف كالتمين بالنص » . و « إنما تعتبر العادات إذا اطردت أو غلبت » و « العبرة للعالم الشائع لا للنادر » ^(٣) .

(١) انظر تالار طبعة سابعة فقرة ٩ : وما بعدها في تعريف العرف والعادة . ومن المؤلفات الخاصة : « العرف مصدر من مصادر القانون الفرنسي » لاسمين :
(A. Esmein : La Coutume doit être reconnue comme source de Droit Civil Français : Bulletin de la société d'études législatives. (1905 — P — 533).
ورسالة أخرى للفيبر (Lefebvre) قدمها لجامعة ليون سنة ١٩٠٦ . وباقي المراجع في مارتق ص ١٥١ هامش ٢ .

(٢) ونسى في الفقه الإسلامي بالشرط العرفي ، وقد مثلوا لها بوجود قد البلد عند الإطلاق ، ووجوب حلول الثمن حتى كآله مشترط لفظاً ، فأصرف العقد باطلاً له . ويقول ابن القيم : إنهم أجروا العرف مجرى النطق في أكثر من مائة مسألة (أعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) .

(٣) ومن مسائل العرف في الفقه الإسلامي تناقضه مع الشرع ، وهو نوعان : أحدهما ألا يتعلق بالشرع حكم يقدم عليه عرف الاستعمال (ومن صوره : حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بالسك وإن ساء الله لحماً في آية من القرآن) . والثاني أن يتعلق به حكم يقدم عرف الشرع على عرف الاستعمال (ومن صوره : حلف لا يهلي لا يحنث إلا بذات الركوع والسجود) . ومن المسائل : لو كان اللفظ يقتضي العموم والشرع يقتضي التخصيص اعتبر خصوص الشرع (ومن صوره : أوصى لأفاره لم يدخل ورثته عملاً بتخصيص الشرع إذ لا وصية لوارث) . ومن مسائل العرف : (١) تناقضه مع اللغة وقد حكى فيه وجهان : تقديم الحقيقة اللفظية عملاً بالوضع اللغوي وتقديم الدلالة العرفية تحكماً للعرف . (٢) وتعارض العرف العام والخاص (٣) والعادة =

وقد أشار الدستور ولأئحة ترتيب المحاكم الأهلية والقوانين المدنية والتجارية وبعض القوانين الخاصة إلى مراعاة العادات الجارية والأخذ بالعرف (المادة ١٣ من الدستور والمادة ٢٩ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية والمواد ٣٠ و ١٢٤ و ١٢٧ و ١٣٨ و ٢٨٦ و ٣٦٣ و ٣٨٣ و ٤٠٥ و ٤٠٨ من القانون المدني والمادة الأولى من قانون العقوبات والقانون رقم ١٥ سنة ١١ الخاص بالنظام القضائي في شبه جزيرة سينا ، والقانون الصادر في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ بخصوص مركز سيوة والقانون رقم ٨ سنة ١٩١٢ الخاص بالوحدات الداخلة والخارجة) .

ولهذا أخذت المحاكم المصرية أهلية ومختلطة بحكم العرف في كثير من المسائل ^(١) .

١٧ — والأصل أن القانون إذا أوجب اتباع العرف في أمر أصبح العرف قانوناً فيه ووجب على القاضي الأخذ به وتطبيقه من تلقاء نفسه ، فإن خالفه أو أخطأ في تطبيقه أو في تأويله قضى حكمه ^(٢) .

ومن الفقهاء من يرى أن النظر الفقهي يقضى بإخضاع جميع مسائل العرف والعادة لرقابة محكمة النقض ، سواء في ذلك ما كان منها خاصاً بقيامهما أو عدم قيامهما وما كان متملقاً بتطبيقهما أو بعدم تطبيقهما ، وهؤلاء يردون حجة من يذهبون إلى وجوب إلحاق التثبت من قيام العرف وعدم قيامه بالأمر الواقعية بقولهم : إن قواعد العرف هي بطبيعتها قواعد قانونية لا يمكن أن يخرجها مخرج الوقائع كونها قد تقتصر أحياناً

== المطردة في ناحية هل تنزل منزلة الصرط (٤) العرف التي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون التأخر (٥) وقول الفقهاء كل ما ورد به الصرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف ، ومثله بالحرف في السرقة والفرق في البيع والإحياء والاستيلاء .

(١) أصول القوانين لكامل بك مرسى والسيد بك مصطفى قفزة ١٤٧ ، ١٥٤ ، ١٥٥ و (سينا) جزء أول بهامش الصفح ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٥٢ ، ١٥٤ وكتاب أصول القانون التجاري للزبي من قفزة ٤١ إلى ٤٤

(٢) روبرتوار دالوز قفزة ١٤٠١ وملحق دالوز قفزة ٢٠٩ وجارسوني س ٦٥٠ وهامش قفزة ١٦ وقفزة ١٧

إلى تحقيق وجودها وقياسها ، لأن القاضي متى وجب عليه الأخذ في الدعوى بقاعدة قانونية ، ينبغي له أن يتثبت من وجودها بكل الطرق وجميع الوسائل ، ثم يطبقها . علماً بقيامها ومعناها ، لافرق في ذلك بين أن تكون القاعدة مصدرها القانون أو مصدرها العرف ^(١) .

ومن الفقهاء من يفرق بين العرف والمادة الاتفاقية ، فيعتبر قواعد العرف من قواعد القانون فيجمل لمحكمة النقض الرقابة على تفسيرها وتطبيقها أسوة بهذه القواعد ، ويعتبر المادة الاتفاقية من شروط الاتفاقات والعقود فيجوز عليها ما أجراه على الاتفاقات نفسها من أحكام ^(٢) .

وآخرون يعتبرون العرف والمادة مما جرى الناس على التعامل به ، فيجوزون عليهما ما أجروه على الاتفاقات والعقود من ترك التثبت من قيامهما وتفسيرهما نقاضى الدعوى ، إلا أن يتمتع عن الأخذ بهما بعد تقرير ثبوتهما أو تحرفهما عن معناها . فيكون حكمه خاضعاً لرقابة محكمة النقض ^(٣) .

والظاهر أن محكمة النقض الفرنسية تجرى على ترك التثبت من قيام العرف والمادة نقاضى الموضوع ، وعلى الامتناع عن التدخل فيما يكون قد أخذ به هذا القاضي من وجوه تفسير المشارات على مقتضى العرف والمادة ، وعلى الاكتفاء برقابة تطبيق العرف والمادة فيما يجب الأخذ بهما قانوناً ^(٤) .

(١) مارتز ص ١٥٧ ، ١٥٨

(٢) جيني جزء ٢ ص ٢٣ : والتأثير طبعة سابعة فقرة ٤٩ والزي في أصول القانون التجارية فقرة ٣

(٣) ليون كان ج ١ فقرة ٨٦ ص ٩٢

(٤) ن . ف ٥ يناير سنة ١٨٥٥ (٥٥ د - ١ - ٨٥) واقرأ تطبيق الأستاذ ليفلان (Levillain) على هامش ع . ف ٥ يولي سنة ١٨٩٩ (١٠٢ د - ١ - ١٩٣) و ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ (٩٠ د - ١ - ٣٣٧) و ع . ف ١٢ يونيو سنة ١٩٠٣ (٩٠ د - ١ - ٤١١) وتبسيه ٤٧٦ والأحكام الواردة بهامش عمدة ١ بهذه الصحيفة و فقرة ١٩٤٦ - ١٩٧٣ من تعليقات دالوز .

(٤) ولقد كتب الأستاذ Perreau في كتابه (Technique de la jurisprudence)

ولما كان لا يجب النزول على حكم العادة الاتفاقية إلا إذا تبين من ظروف الاتفاق وملاساته أن الماقدين قد أنزلوها من عهدها منزلة الشرط الملحوظ، كان الرأي الصائب عندنا هو ترك الأمر في التثبت من العادة الاتفاقية وفي تطبيقها وتفسيرها إلى قاضي الدعوى ليتحررها ويتحقق من وجودها وعدم

(*en droit privé*) فصلا في العرف والعادات تساءل فيه عما إذا كان العرف ينسب القانون أو ينسخه، فأجاب بأنه لا ينسخه ولا ينسخه سواء أ كانت القاعدة القانونية التي عارضها العرف من قواعد القانون الذي أو من القانون التجاري أو من اللوائح الإدارية العامة، وسواء أ كان العرف قد تعارض مع قاعدة من قواعد النظام العام (كالعرف يجري بمخالفة ما بينه القانون من وجوه الاعتراض بالحقوق المدنية) أم مع نص من النصوص الآمرة (كالعرف الذي جرى في فرنسا قبل قانون ٢٤ يونيو سنة ١٨٤٣ بأعطاء الموقوف من استحضار شاهدين عديدين يوفيان معه على ما وقفه) أم مع نص من النصوص المعبرة عن نية الماقدين (إذ يجب تقديم عرف القانون على عرف الاستعمال إلا إذا تبين أن الماقدين قد لاحظا عرف الاستعمال لا عرف القانون، فانه يجب عنده تقديم ذلك العرف). ثم تساءل عما للعرف من أثر في استكمال القانون، فأقر له بهذا الأثر في إنشاء كثير من الحقوق التي لم ينظمها القانون كحق المؤلف، وحق الصانع في وضع اسمه على ما صنعه، وحق مستلم الخطاب في الاستدلال به بل في يمه كمنفعة تاريخية، وحق خدمة الفاعل والمشارب في محاسبة أصحاب هذه المحال على ما يقضوه لحسابهم من المكلفات والإحسانات، وكفى أكبر الأولاد في الاختصاص ببعض منقولات التركة ذات القيمة الأدبية أو التاريخية كالسكنى الرسمية والناشين والأسلحة والتماثيل والصور. ثم أغاض فيما للعرف من العون في تحديد العلاقات الجوارية بين أصحاب الأملاك المجاورة وتعيين ما ينزل منها منزلة الحقوق والواجبات، وما لا يرتفع عن منزلة المسموح به. ثم انتقل إلى الكلام على أثر العرف في تفسير المشرطات المختلفة وتحديد آثارها وأحكامها. ثم تكلم على العرف باعتباره مصدراً من مصادر القانون فقال: إن القانون إذا أوجب اتباع العرف في مسألة أصبح هو حكم القانون فيها، فإذا خولف أو أخطئ في تطبيقه اعتبر ذلك مخالفة وخطأ في القانون. ثم ذكر كثيراً من التطبيقات ومنها الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض في قضايا التمريض المترتب على الأضرار الضارة بين أصحاب الأملاك المجاورة، وقال: إن هذه المحكمة كثيراً ما تقضت أحكاماً لها تم الاستئناف إما لعدم النص فيها على أن الضرر الذي حكم من أجله بالتمريض قد زاد على الحد المسموح باحتماله بين المجاورين (ن. ف. ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٤٤ س ٤٤ - ١ - ٣٩١)، وإما لأن الحكم المطعون فيه مع تحريره أن الضرر قد زاد على هذا الحد لم يحكم بالتمريض مع ذلك بناء على أن النسب في الضرر لم يكن مخطئاً (ن. ف. ١٨ فبراير سنة ١٩٠٧ س ٩٠٧ - ١ - ٧٧). ثم قال: وإذا سكت القانون عن الحكم في المسألة وكان العرف لم ينفع فيها حقاً من تلك الحقوق التي أقامها على أساس من العدل أو من المصلحة (بأن لم يكن قد بلغ بعد مبلغ القاعدة للزمة المقررة لحقوق تماثلها واجبات) فإن الأخذ وعدم الأخذ بالعرف يصحان مسألة من مسائل الدعوى الواقعية التي لا ينعض رأي القاضي فيها لرقابة محكمة النقض. أما إذا

وجودها تحققة من أية واقعة من وقائع الدعوى يدعيها أحد الخصوم وينكرها الآخر ، فيتولى إثباتها من عليه الإثبات ويتولى قضاها من له النفي . أما العرف فالصواب فيه عندنا هو ترك أمر التثبت من قيامه للقاضي أيضاً ، لا لأنه واقعة من وقائع الدعوى كما قيل ، بل لأن العرف أكثره محلي لا إقليمي ، والمصلحة التي تعود على أهل العرف من عرض أمر التثبت من قيامه وعدم قيامه على

== كان العرف قد أقام فيها الحق على العدل أو المصلحة فإن محكمة النقض — متى رأت رفض الطعن — تبني حكمها على أن الحكم المطعون فيه كان له أساس قانوني صحيح ، وأما إذا نقضت الحكم المطعون فيه قائمها نسب المخالفة إلى أقرب النصوص العامة للموضوع (ص ٢٤١ و ص ٢٤٢) ، ويستغنى في ذلك بعدة أحكام منها حكمها الصادر في ٢١ ديسمبر ١٨٥٣ (د ٤٤ — ١ — ٩) وكان النزاع على حق استعمال العنوان التجاري ، ولما كان لا حكم لهذا الحق في القانون فقد بنت محكمة النقض حكمها على وقوع مخالفة للمادة ٥٤٤ التي تعرف حق الملكية (يقابلها المادة ١١ من القانون المدني) . ثم عقد نصلاً لأثر العرف في تطبيق اللوائح الإدارية وفي قانون الضوابط (والفصل كله من ص ٢٠٥ إلى ص ٢٥٣) . ثم كتب فصلاً آخر في الجزء الثاني من كتابه للعادات غير المنزعة التي جرى عليها الناس تفضلاً أو جمالة بنوا : *Courtoisie, Complaisance, et Usages non obligatives devant la jurisprudence* ، ومن أم ما قاله فيه : إن الأصل في هذه العادات أنها لا تنفي حقاً ولا تقرر واجباً ، وضرب لها أمثالا كثيرة ، منها أن من أقام بمنزل غيره بشر أجر لا يسأل عن حريقه مسؤولية من يكون قد استأجره بأجر ، ومن بذل عنايته لفلان كرمياً وإحساناً لا يسأل عما يصيب الفلان من الضرر مترتباً على خطئه كمن يخصصه ويرعاه بغير أجر . ثم تساءل : متى تعتبر العلاقة الجارية بين اثنين علاقة ملزمة مترتبة على عقد أو شبه عقد ؟ وكذلك متى تعتبر مجرد تفضل غير ملزم ؟ فأجاب أن المسألة لا يمكن حلها إلا من واقع الدعوى وظروفها ، وأنه عند الشك ينبغي افتراض قيام العلاقة على عقد أو على شبه عقد ، فالطبيب مهما بلغت صدقاته لمن مرضه لا يمكن اعتباره أنه يعالجه على نية عدم مطالبته بأجره ، ومن يصكترى داراً ويبادر إلى الانتفاع بها قبل بدء مدة الكراء لا يصح أن يعتبر دخوله فيها دخول من ينتفع بغير أجر . ثم تساءل هل يصح للغير من نشأت بينهما هذه العلاقات القائمة على التفضل أو التسامح أن يحتج بها ويلزوما على من أوجبها على نفسه ، ومتى يصح للاستفيد منها أن يحتج بها على الغير ؟ قال : إن هذه العلاقات ما دامت لا تنفي حقاً لأحد الطرفين على الآخر فلا يجوز للغير أن يحتج بها على ذي الفضل . ثم فصل متى تكون أعمال المستفيد مشروعة ومتى تكون غير مشروعة : فن أقدم على إمسك جواد جامع لا يصح اعتباره مخطئاً وأنه لذلك لا حق له في مطالبة مالك الجواد بتعويض ما أصيب هو به . والنكاح والتعريضات وإلقاء الأوراق في الوجه إلى غير ذلك مما جرى به العرف في الاحتفال بيوم أول أبريل لا يمكن اعتباره اجتراراً مانعاً من توقيع العقاب على من ارتكب جريمة الاعتداء بالضرب والجرح . ثم تكلم عما يتصل بهذه العادات الجارية ==

محكمة النقض هي مصلحة قليلة الأهمية ، ولو فتح لهم الباب فيه لكثرت طعونهم وأضاعوا على المحكمة وقتاً كثيراً لعلها شديدة الحاجة إليه . أما كون العرف القائم قد طبق أو لم يطبق ، فالأولى إخضاع الحكم في ذلك لرقابة محكمة النقض . وقد حكمت محكمتنا ^(١) برفض طعن بنى على أن محكمة الاستئناف قد خالفت صريح شرط بمقد مقاومة تم بين وزارة الأشغال وأحد الماقلين بأن قيدت مطلق الشرط بعرف غير ثابت ، وجاء في حكمها : « إن محكمة الاستئناف قد قيدت الحق المطلق المحفوظ للوزارة في تعديل مكعبات الحفر المعطاة للماقل بعرف جار يقضى بأن الزيادة أو النقص المسموح به لا يتعدى ربع الماولة ، وهي في عملها لم تتعد حدود التفسير المسموح به لها بمقتضى المادة ١٣٨ من القانون المدني » .

١٨ — جوامع الكلم الفقهية والأصولية : ^(٢) ويعتبر من القانون

== تجرى الفصل بالاتزامات القدية وغير القدية ، فذكر أن قائد السيارة إذا اصطحب أحد أصحابه في سيارته فانه يكون ملزماً له بالتبويض عما يصيبه من الضرر المترتب على الإسراع بالسيارة . ثم تكلم عن الهدايا التي جرى بها العرف ، وعلى أثر المحاملات في قانون العقوبات والقانون الاداري ، وهو في كل ذلك يتحف قراءه بالأمثلة المختلفة بأحكام القضاء فيها ، فكان بذلك فصلاً متمماً (من ص ١٢١ لاية ١٧٩) .

(١) ن . م . ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ في الطعنين نمرة ٣٤ سنة ١ ونمرة ٢ سنة ٢ قضائية . وقد تدل أسباب هذا الحكم على أن المحكمة قد أعرضت عن النظر فيها أثبتت قاضي الموضوع خاصاً بثبوت حكم العرف في مفاولات الحفر والردم مكثفة بالرد على الطاعن ، فيما ادعاه من خطأ في تطبيق القانون ، فبها ان المادة ١٣٨ من القانون المدني تسمح بتقييد المطلق من شروط القدي بحكم العرف .

(٢) (les maximes de droit) ربرتوار دالوز نمرة ١٤٢٥ وما بعدها ، وملحق دالوز نمرة ٢٩٢ ، وفأى نمرة ١٠٤ ، وجارسوني ص ٦٥٠ وهامشها ، وتعليقات دالوز ١٩٢٣ — ١٩٩٥ .

وقد كتب الأستاذ E. H. Serreaux في مؤلفه (Technique de la jurisprudence en droit privé) فصلاً قديماً (ص ١٤٨ لاية ص ٢٠٤) في القواعد الفقهية المأثورة عن الفقه الروماني والكنسي والفرنسي ، بين فيه كيف وضعت هذه القواعد ، ومن عني بجمعها قديماً وحديثاً ومطابق وجودها ، ثم أتى على الشيء الكثير منها مبيئاً ما شهدت بصحته النصوص القانونية ، وأردفه بالقواعد الأصولية التي درج الصراح على الأخذ بها في تفسير نصوص القانون والفقود والاتفاقات ، ونقل الكثير منها عن مؤلف جوسيه (C. Gousset : le code civil) ==

جوامع الكلم القهية والأصولية التي استنبط أئمة الفقه معناها الجامع من الأصول

(et la théologie morale, 2^e édit, 1855) ثم بين منها ما اختصه العدل وما حتمه النظام الاجتماعي وضرب لكل نوع أمثالا كثيرة ، ثم قال : وقد كان المؤلفون والمحامون والفقهاء في النصف الأول من القرن التاسع عشر يستشهدون بها كثيراً في كتبهم ومرافعاتهم وأحكامهم ، ثم خف الاستشهاد بها شيئاً فشيئاً حتى أصبح لا يستشهد الآن منها إلا بما قصرت عبارته ، ثم شرح القواعد الأصولية البنية على النطق مثل « الفرع يتبع الأصل *accessorium sequitur principale* » ومثل : « لا تعد لمن لا إرادة له *qui auctor est non se* » ومثل « الباطل لا أثر له *quod nullum est, nullum producit effectum* » ومثل « لا يثبت لكل من هذه القواعد من نصوص القوانين وما جرى به قضاء محكمة النقض من الأخذ وعدم الأخذ بها ، ثم شرح كذلك بعض القواعد البنية على النعم العام مثل « ثبات المحاميين هي القيمة على جدولها *l'ordre est maitre de son tableau* » وقاعدة « لا دعوى إلا لدى مصلحة *pas d'intérêt pas d'action* » وقاعدة « الجهل بالقانون لا يستره » ثم قاعدة « الغم بالغرم » ثم قاعدة « الجنائي يوقف المدني » . . . ثم قال في قوة هذه القواعد : إنه في أوائل القرن التاسع عشر كانت محكمة النقض تفرق بين القواعد التي تنسب إلى مصدر متصرف به من مصادر القانون فتجري عليها حكم مصدرها ، وبين القواعد التي لا تمت إلى هذه المصادر بسبب فلا تعترف لها بأية قيمة قانونية ، ولهذا كانت ترفض الطعون البنية على مخالفة القواعد القهية المترعة من العرف كقاعدة « غير الملك لا يقبل منه التداي بوكيل عنه » ، وتقبل الطعون البنية على مخالفة قواعد الفقه الروماني كقاعدة « *una via clecta non dature recursus ad alterum* » وترجمتها بالفرنسية :

(une voie ayant été choisie, il n'est pas permis de recourir à une autre)

ثم رأت أن لا معنى لهذه التفرقة ، وأنه يجب اعتبار القواعد القهية سواء أكان مصدرها العرف أم أحكام المحاكم أم القانون الروماني من القواعد القانونية ، فأخذت تحكم بقبول الطعون البنية على مخالفة القواعد القهية المترعة من العرف مثل قاعدة « غير الملك لا يقبل منه التداي بوكيل عنه » (*Nul ne plaide par procurateur sauf le Roi*) ، أو المترعة من أحكام المحاكم مثل قاعدة (*Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*) التي ترجمتها :

(Celui qui est apte au mariage est capable pour les conventions matrimoniales).

ومنها : « الأهل للزواج أهل لقد الاتفاقات الزوجية المتعلقة بنظام أموال الزوجين » . أو المترعة من الفقه الروماني كقاعدة (*re incumbit probatio*) وسماها : « البينة على من ادعى لا على من أنكر » (*qui dicit, non qui negat*) . وحم المؤلف الفصل بقوله : إن الظاهر من أحكام محكمة النقض أنها تعتبر القواعد القهية من القانون لها قوته ونفاذه ، كما تعتبر الخطأ فيها خطأ في القانون (ص ٢٠٣) . وقد جمع أ. جوانو A. Jouanneau القواعد اللاتينية المشهورة وترجمها إلى الفرنسية فإذا هي أربعة آلاف قاعدة . ولستشار قيراجيت في كتابه « فن القضاء *L'Art de Juger* » فصل قيم في جوامع الكلم ذكر فيه المشهور منها مرتباً على الأحرف الهجائية (من ص ١٩٤ إلى ص ٢٧٩) .

الفقهية والأحكام الفرعية المنشورة في أبواب القانون المختلفة ، ثم جرت منه مجرى الأصول وشهدت بصدقها تلك الفروع ^(١) .

ومن أشهرها قولهم : « locus regit actum » ومعناها « شكل العقد يحكمه قانون محل حصوله » ، وقولهم : « lex rei sitae » ومعناها « الأشياء، العينية خاضعة لحكم قانون موقعها » ^(٢) ، وقولهم : « fraus omnia corrumpit »

(١) وللامام الشافعي في كتاب « الموافقات » كلام غيب في أصول الدين وأصول الفقه وكيف يستفهمها بقول العلماء من الأصول العقلية والأحكام الفرعية إلى أن قال : وبهذا امتازت الأصول من الفروع ، إذ كانت الفروع مستندة إلى آحاد الأدلة وإلى مأخذ معينة فثبت على أصلها من الاستناد إلى الظن ، بخلاف الأصول فإنها مأخوذة من استقراء مقتضيات الأدلة باطلاق ومن آحادها على الخصوص (جزء أول من ص ١٠ إلى ص ١٦) .

(٢) وهاتان القاعدتان محترمتان ومتبعتان في البلاد التمدنية وفي مصر ، وأساس القاعدة الأولى عملية القانون وما يقرب عليها من خضوع كل عمل أو إجراء في أرض الدولة لحكم قانونها احتراماً لسيادته المحلية فيها ، وإرادة التيسير ، ورفع الحرج عن الماقدن إذا اختلف جنسيتها أو شق عليها اتباع قانون جنسيتها المشترك . وأساس القاعدة الثانية النظام العام ، وقد أخذ بهذه القاعدة حكم المحكمتنا أصدرته في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٦٨) حددت به اختصاص المجالس المللية في مسائل الوصية ، إذ حصرت هذا الاختصاص في الأحوال الشخصية ، وجعلت التكليف في الأحوال العينية لقانون المدنى الذى هو قانون محل العقار . ولهذا تعتبر القاعدة الأولى إجبارية إذا كان العقد وارداً على عقار في غير البلد الذى تم فيه العقد وكان الفرض من العقد ترتيب حقوق عينية على العقار . ومن هذا لا يصح وقف العقار في مصر إلا بأشهاد محرر على يد حاكم شرعى في مصر ويسجل في سجلات المحاكم الشرعية (راجع في الفهدة لماتيف القاعدتين القانونيتين الصائنين الصادرين في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ و١٠ يونيو سنة ١٨٦٧ الذين أباحا للأجانب حق امتلاك العقارات في بلاد الدولة العلية ، بصرط خضوعهم لقوانينها . والمادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة التى جعلت جميع الدعاوى العينية العقارية من اختصاص القضاء المختلط دون القضاء التقصلى كلما كان في الدعوى أجنبى . وراجع الاتفاق المقود بين مصر وفلسطين في ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ الصادر به الرسوم المؤرخ في ٢٧ يناير سنة ١٩٢٩ بشأن تبادل تنفيذ الأحكام الأجنبية الذى يوجب على الدائن تقديم صورة من الحكم المراد تنفيذه مستوفية لكل الشروط التى تجعلها صحيحة وطبقاً للقانون الذى صدر به الحكم . والمادة ٢٢ من الرسوم بقانون التقصليات الصادر في ١٣ أغسطس سنة ١٩٢٥ الذى أباح للتناصل تحرير القود الرسمية بين المصريين ، أو بين المصريين والأجانب ، أو الأجانب فقط ، مفترطاً في حالة كون أحد الطرفين أجنبياً أن تكون هذه القود خاصة بأموال في مصر على أن يتخذ أصحاب الشأن الاجراءات التى يتطلبها القانون المصرى من تسجيل أو قيد أو تأشير أو غير ذلك . وراجع المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب ==

ومعناها « الفس يفسد كل شيء » ^(١) ، وقولهم : « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » ومعناها : « الغنى بالغرم » وتشهد له نصوص المواد ١٤٤ و ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدني الخاصة بأحكام أشباه العقود ، وقولهم : « لا عبرة بالنظر البين خطؤه » الذي تشهد له المادة ١٤٧ من هذا القانون ، و « الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة » ، و « تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة » ، و « البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر » ، و « كل يمين على البت إلا على نفي فصل الغير » ، و « استصحاب الحال يصلح حجة

== المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ التي قضت بمنع سماع دعوى الوقت والاقرار به أو استبداله أو غير ذلك من الشروط الأخرى إلا إذا صدر بأشهاد شرعي من يملكه على يد حاكم شرعي أو مأذون من قبله كالملين بالمادة ٣٦٠ من هذه اللائحة . راجع الزيني وأبا حيف عند كلام كل منهما في هاتين القاعدتين .

(١) ومن مواطن الأخذ بهذه القاعدة — وقد أخذ بها فقها وقضاء — التحيل على القانون . وللامام الشاطبي في كتاب « المواقات » فصل قيم كشف فيه عن حقيقة التحيل على المهر وعن الباطل منه والمختلف على صحته وفساده ابتداء بقوله : التحيل بوجه سائق مشروع في الظاهر ، وغير سائق ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر بحيث لا يسقط أو لا يتقلب إلا مع تلك الوساطة ، فتصل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود مع العلم بكونها لم تفرع له ، فكان التحيل مشتمل على مقدمتين : إحداهما قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر ، والأخرى جعل الأفعال المقصود بها في المهر معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام . وبعد أن ضرب له أمثالا كثيرة قال : وعلى الجملة فهو تحيل على قلب الأحكام الثابتة شرعاً إلى أحكام آخر بفعل صحيح الظاهر لئو في الباطن سواء أكانت الأحكام من خطاب التكليف أو من خطاب الوضع (الجزء الثاني ص ٢٦٤ إلى ص ٢٦٦) .

ومن التحيل على القانون أن يغير الحصوص الظروف التي تدعو إلى تطبيقه بقصد الهرب من تطبيقه وجعل قانون آخر يطبق محله . ومن وقائمه : شركة من شركات المساهمة يراد تأسيسها لتعمل في مصر فيرى مؤسسوها شدة ما في القانون المصري من شروط وإجراءات فيلجأون إلى بلد آخر حيث تكون الإجراءات وشروط التأسيس سهلة ، فيؤسسون شركتهم فيه وفق قانونه ثم يعودون لمصر ويقومون بالعمل فيها . فهل هذه الشركة صحيحة في مصر أم لا ؟ قد حكمت المحاكم بإبطالها (الزيني ص ١٩٩ وما بعدها) . وما أحسن ما قاله الأستاذ أرمنجون : إن القواعد الدولية مقصود بها الوصول إلى حل يعتبره الشارع حقاً وعدلاً فلا يصح للمتهم أن يمولوها عن غرض الشارع منها (أرمنجون جزء أول ص ٢٣٩) وهو معنى كلام الشاطبي غير أن إسكلام الشاطبي حلاوة وبروعة خاصة .

دافعة لا ملزمة»^(١) إلى غير ذلك من القواعد الفقهية والأصولية الكثيرة^(٢).
ويقول تيسيه : إن الظاهر أن قضاء محكمة النقض قد جرى على تقض الأحكام المخالفة لتلك القواعد القانونية المشهورة لانزالها إياها منزلة القانون . ثم يقول : إن المادة ١٧ من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ ولو أنها تنص على أن محكمة النقض يجب عليها أن تورد في حكمها النص القانوني الذي خوفاً واقتضت مخالفته تقض الحكم المطعون فيه ، إلا أن محكمة النقض مع ذلك كثيراً ما تقض أحكاماً خالفت بعض تلك القواعد المشهورة وأوردت في أحكامها الناقضة أقرب المواد القانونية لمعنى تلك القواعد^(٣).

١٩ - آراء الفقهاء وأصحاب المحاكم^(٤) : لا شك في أن آراء الفقهاء.

(١) غاية المفقود لما كانت ثابتة بطريق الاستصحاب جاز اعتبارها حجة لدفع الاستحقاق فلا يورث ماله ، ولا تصلح حجة للاستحقاق حتى لو مات قريبه لا يرثه المفقود لاحتمال موته .
(٢) في كتابي « الأشياء والنقائص » لسيوطي الشافعي وابن نعيم الحنفي كثير من هذه القواعد وتفرعاتها منها : « إنما الأعمال بالنيات » و « الأمور بمقاصدها » و « الأصل براءة التهمة » و « الأصل بعدم » و « الأصل في الأشياء الإباحة » و « المشقة تجلب التيسير » و « لا ضرر ولا ضرار » و « التابع تابع » (ومن فروعهما أن التابع لا يفرد بحكم والتابع يقطع بقوط المتبوع ، والتابع لا يقدم على المتبوع) و « الشبهة تقطع الحد » و « إذا اجتمع أمران من جنس واحد ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر غالباً » و « إعمال الكلام أولى من إجماله » و « التأسيس أولى من التأكيد » و « الرخص لا تناط بالمعاصي » و « الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه » و « لا ينسب إلى ساكت قول » و « ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله ، وإسقاط بعضه كإسقاط كله » .

(٣) ع . ف ١٧ يولييه سنة ١٩٠٥ (س ٩٠٩ - ١ - ١٨٨) التي تقضت به الحكم المطعون فيه لمخالفته القاعدة (*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*) وترجمتها : (lorsque la turpitude, il n'y a pas lieu à répétition) وجعلت النص الذي خوفاً هو نص المادة ١١٣١ من القانون المدني — ن . ف ٢٠ يولييه سنة ١٩٠٩ (س ٩١٥ - ١ - ١٦٥) لمخالفته القاعدة (*locus regit actum*) وجعلت النص الذي خوفاً هو نص المادة ٩٧٠ من القانون المدني . وهناك أحكام أخر اكتفت فيها محكمة النقض بإيراد نص القاعدة القانونية التي خولفت مثل حكم ع . ف ٢١ يونيو ١٨٨٠ (س ٨١ - ١ - ٢٧٩) وع . ف ١٥ يونيو ١٨٩٢ (س ٩٣ - ١ - ٢٨١) والقاعدة هي « الغرم بالغرم » ون . ف ٥ يونيو ١٩١٨ (د ٩٢٢ - ١ - ٦٠) (راجع تيسيه ص ٤٧٥ وهامش ٢ و ٣) .
(٤) اقرأ كتاب الأستاذ (*Perreau*) الذي وضعه في دراسة أحكام المحاكم وسبقت الإشارة إليه فانه من أحسن الكتب .

وأحكام المحاكم التي تستنبطها من القانون على ضوء التاريخ والتشريع المقارن مع مراعاة الأحوال الاجتماعية والاقتصادية الجارية في البلاد وقواعد العدل والمنطق — أيًا كانت طريقة الاستنباط — هما مصدران مهمان لكثير من القواعد والأحكام التفصيلية المعمول بها الآن^(١). ولا ريب في أن الرأي الذي يراه الفقيه في مسألة نظرية يفترضها، والمذهب الذي يأخذ به القاضي في حل مسألة معينة تطرح أمامه ليفصل فيها، لا يمكن أن يصير قاعدة قانونية تكون واجبة الاتباع والنفاد كاتقاعدة الأصلية المنصوص عليها؛ ولهذا لا يجوز الطعن في الحكم لمجرد مخالفته لما انقذ عليه إجماع الفقهاء أو جرى به قضاء المحاكم^(٢). على أن الطعون التي تبني على مخالفة الأحكام لما انقذ عليه إجماع الفقه والقضاء تتضمن في الواقع الطعن بمخالفتها للقانون أو بخطئها في تطبيقه أو في تأويله، على اعتبار أن ما انقذ عليه هذا الإجماع هو الوجه المعتبر في القانون.

٢٠ — قواعد العمل ومبادئ القانون الطبيعي : وإذا أخذ القاضى عند سكوت القانون أو غموض نصوصه أو قصورها بقاعدة من قواعد العدل عملاً بأحكام المادتين ٢٨ و ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أو بأحكام المادة ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والمادة ١١ من القانون المدني المختلط، فهل يخضع

(١) اقرأ طريقة الأستاذ جيني في استنباط الأحكام الفرعية التي أسمىها (la libre recherche scientifique أى البحث العلمى الحر) (جزء ٢ من ص ٧٤ إلى ص ٢٣٤).

(٢) وستعلم أن هناك صورة واحدة يكون فيها حكم محكمة التقضى هو حكم القانون الواجب اتباعه، ولكنه لا يفيد إلا المحكمة التي تخال إليها الدعوى وفي شأن القضية الحالة وحدها، أما فيما عدا هذه القضية فلا تنفذ تلك المحكمة ولا أية محكمة أخرى بالقاعدة القانونية التي تكون قررتها محكمة التقضى. وقرأ مع ذلك فصلاً للأستاذ بروفيا لأحكام محكمة التقضى من القوة والاعتبار في العمل جزء أول من ص ٦٧ لفاية ص ١٠١ و تقرير المستشار ريفير Rivièr (س ٨٣ — ١ — ١٧١) في الأخذ بقضاء محكمة التقضى في تحديد مسؤولية الموثقين عن أخطائهم. وعرب هذا النظر من نظر نفاد القياس كله في الفقه الإسلامى (راجع الجزء الأول من أعلام الموقنين للإمام ابن القيم ص ٢٩١ الطبعة المنيرة).

قضاؤه لرقابة محكمة النقض على اعتبار أن قواعد المدل تصبح حينئذ من القانون الوضعي ، أم لا يخضع لهذه الرقابة اعتباراً بأنها ليست من القانون ؟ .

يحسن بنا قبل الإجابة على هذا السؤال في الفقه المصري أن نورد جوابه في الفقه والقضاء الفرنسيين فنقول :

٢١ — إن الفكرة التي كانت تسود عصر التقنين في أواخر القرن السابع عشر هي أن القانون يحيط بنصوصه جميع الحوادث التي وضع ليحكمها ، وأن الفقيه أو القاضي لا ينبغي له أن يتجاوز الظاهر من معناها في خاصها وعامها ، وأن تفسير القانون ينبغي أن يبقى زمامه كله بيد السلطة التشريعية تتولاه بنفسها عند الحاجة لأنه أدخل في اختصاصها منه في اختصاص السلطة القضائية ، ولهذا نص الشارع الفرنسي في المادة العاشرة من الباب الثاني من القانون النظامي الصادر في ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ على أصل الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية ، وفي المادة ١٢ من هذا الباب على أن تفسير القانون من خصائص السلطة التشريعية تتولاه بإجراءات رسمها وأطلق عليها اسم التفسير التشريعي (le référé législatif) ^(١) ولما أنشأت الجمعية التأسيسية مجلس النقض ذكرت في قانون إنشائه الصادر في ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ أنها إنما أنشأت هذا المجلس وأقامته بجانب السلطة التشريعية وأتبعته لها ليراقب تحت إشرافها تطبيق ما صدر من الأوامر واللوائح المتبعة وما وعدت بإصداره من القوانين ، وليبطل كل حكم اشتمل على مخالفة صريحة للقانون (une contravention expresse à la loi) ثم يحيل القضية إلى محكمة أخرى لتفصل فيها ، لا على مقتضى ما رآه المجلس بل على ما تراه هي ، فإن فصلت محكمة الإحالة في الدعوى على نحو ما سبق أن فصلت به المحكمة الأولى وطلعن في حكمها وبقى مجلس النقض على رأيه الأول ثم قضت محكمة الإحالة

(١) راجع أقوال النائب لشايله Le Chapellier ، الموضحة لأغراض هذا القانون والروح السائدة فيه ، في جني جزء أول فقرة ٤٥ ص ٩١

الجديدة على نحو ما قضت به محكمة الموضوع والإحالة ، وجب على محكمة النقض رفع الأمر إلى السلطة التشريعية لتصدر مرسوماً بما تقرر أنه حكم القانون في المسألة القانونية المختلف عليها (un décret déclaratoire de la loi)

ولما لم يتسع الوقت للجمعية التأسيسية لإصدار ما وعدت بإصداره من مجموعة القوانين المدنية ولأئحة الطعن بطريق النقض ، أصدرت أمرها لمجلس النقض باتباع لأئحة سنة ١٧٣٨ التي أنشأت ورتبت لمجلس الملك من قبل ونظمت طريقة الطعن بالنقض أمام هذا المجلس ، فسارت محكمة النقض الجديدة على مقتضى قانون إنشائها والقانون النظامي السابق لها ، ولأئحة سنة ١٧٣٨ لا تعرف من القانون إلا ما أصدرته السلطة التشريعية وما جرى به العرف بشروطه المعروفة ، فكانت المحكمة تشترط لقبول الطعن أن يذكر الطاعن في عريضته نص القانون الذي يزعم أن الحكم قد خالفه مخالفة صريحة ، وكانت ولا تزال تفرص على الإشارة إلى هذا النص في الأحكام التي تصدرها بقبول الطعن . أما رقابتها على تطبيق القانون فقد كانت سلبية مقصورة على تقرير نقض الأحكام متى وقعت فيها على مخالفة صريحة لنص من نصوص القانون ^(١) ، من غير أن تبين رأيها القانوني في المسألة المطروحة عليها ^(٢) .

واكتفت محكمة النقض بهذه الرقابة حيناً ثم أخذت تتدخل شيئاً فشيئاً في تطبيق القانون وتفسيره على نحو ما سبقت الإشارة إليه في المقدمة التاريخية لهذا الكتاب ، فكانت لا تلجئ إلى التفسير التشريعي إلا في أندر الأحوال ،

(١) وقد استبدلت هذه العبارة بعبارة أخرى (une contravention aux textes de la loi) في دستور سنة ٣-١٤ سبتمبر سنة ١٧٩١ ودستور ٢٤ يولييه سنة ١٧٩٣ ودستور ٥ فريكتور سنة ٣ ودستور ٢٥ بريمور سنة ٨ وقانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ ، ولم يظهر لهذا التغير أثر يذكر في أحكام محكمة النقض في ذلك العهد .

(٢) راجع جيني جزء ١ ص ٨٩ و ٩٠ وجارسوني ج ٦ ص ٧٠٤ وهامش نمرة ١٥ والمادة ١٧ من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠

حتى ألغى التفسير الاختياري^(١) منه إلغاء ضمناً بالمادة الرابعة من القانون المدني التي حرمت على القاضي الامتناع عن الحكم بجملة سكوت القانون أو غموضه أو قصوره .
(sous pretexte de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi) وجعلته مسؤولاً عن ذلك مسؤولية جنائية (المادة ١٨٥ من قانون العقوبات)
كما ألغى التفسير الاجباري منه بقانون أول أبريل سنة ١٨٣٧ الذي قضى بأنه إذا نقض الحكم وفصلت محكمة الإحالة في الدعوى بمثل ما حكمت به محكمة الموضوع ثم طعن في هذا الحكم بنقض الأسباب التي بنى عليها الطعن في الحكم الأول فإنه يكون على محكمة النقض بدواؤها المجتمعة أن تفصل في المسألة المختلف عليها ، ثم يكون على المحكمة التي تحال إليها الدعوى أن تتبع رأى محكمة النقض الذي فصلت به في هذه المسألة .

ولئن كان إلغاء التفسير التشريعي قد أفسح لمحكمة النقض مجال الرقابة على تفسير القانون وتطبيقه فإنها — وهي متأثرة بقانون إنشائها والقوانين السابقة له — ما فتئت تتخرج من بسط رقابتها على بعض نواح من ميدان تطبيق القانون وتفسيره ، ولذلك تراها تتخرج في رقابة تطبيق القوانين الأجنبية وتفسيرها إلا إذا اشتمل الحكم المطعون فيه على مخالفة صريحة لنص من نصوص القانون الفرنسي ، كما تتخرج في رقابة تطبيق القواعد القانونية التي تستنبطها المحاكم وتقضى على مقتضاها عند سكوت القانون أو غموضه أو قصوره ، لأنها لا تعتبرها في شيء من القانون الفرنسي الواجب عليها حراسته وتوحيد القضاء به . ولم يحمد كثير من الفقهاء

(١) المعروف من التفسير التفسيري نوعان : التفسير التشريعي الاجباري وهو الذي يكون بناء على طلب محكمة النقض عند إصرار محكمة الموضوع على رأيها ثلاث مرات ، مخالفة في ذلك رأى محكمة النقض التي أمرت عليه مرتين . والنوع الثاني هو التفسير التفسيري الاختياري ويكون بناء على طلب محكمة ترى وقف النظر في الدعوى والرجوع إلى السلطة التشريعية لمعرفة حكم القانون فيما سكنت عنه النصوص أو عند غموضها أو قصورها (راجع في التفسيرات التي صدرت قبل قانون أول أبريل سنة ١٨٣٧ مقالنا في مجلة القانون والاقتصاد ص ٢ من ٨١ وص ٨٢ بالبن والمهايش وجميع جزء أول ص ٨٥ وما بعدها بالبن والمهايش أيضاً) .

هذا التخرج منها ولا يزالون يؤمنون أن تمد رقابتها إلى كل نشاط في نواحي القانون^(١).

٢٢ — هذا هو مذهب التمه القرنسى وقضاء محكمة النقض القرنسية ، أما في مصر فينبغي التنبيه أولاً على وجوب إيجاد الصور التي يكون فيها قاضي الدعوى قد خالف حكم القانون قضى فيها — مراعاة للعدل والإنصاف — بغير القاعدة المعروفة منه ، فإن حكمه حينئذ يجب إخضاعه لرقابة محكمة النقض انتقضه جبراً لمخالفة القانون ، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية في حكمين أصدرتهما بتاريخ ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ و ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ حيث قررت بحكمها الأول أن الالتزام العقدي لا ينقضى بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن نظراً لحادث جبري لا قبل للمتبرع بدفعه أو التبرع منه ، فإن كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب فلا ينقضى الالتزام ، وإذن فالحكم الذي يقرر المساواة بين هذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ في كليهما زعماً أن القانون المصري وإن لم يقرر نظرية انقضاء الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها العاقدان والتي تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين ، إلا أنه قد أباح الأخذ بها في بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك ، وزعماً كذلك أن في نظريتي الإثراء على حساب الغير والإفراط في استعمال الحق ما يؤكده هذا النظر — الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه ، لأن الشارع وإن كان قد أخذ بنظرية حسابان الطوارئ في بعض الأحيان إلا أنه قد استبقى زمامها بيده يتدخل بها فيما شاء وقت الحاجة

(١) جيني ص ٩٦ و ص ٩٧ جزء أول وهامش ١ و ٢ ، وجارسونيه ج ٦ ص ٦٥٠ و (Tarbé) في كتابه Lois et Règlements à l'usage de la Cour de Cassation وتطبيق لايه على حكم ١٢ أغسطس سنة ١٨٨٥ (س ٨٥ — ١ — ١٩٣ ، ١٩٤) وتطبيق ليون كان على حكم ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٧ (سيريه ١٩٠٨ — ١ — ١١٤) ومقال كولان في مجلة القانون البول الخامس سنة ١٨٩٠ (س ٧٩٧ وما بعدها) وتطبيق بيليه (سيريه ٩٣ — ٤ — ١٠) و (سيريه ٩٥ — ١ — ٤٥١) و (سيريه ٩٩ — ١ — ١٤٧) .

وبالتقدير المناسب لمصلحة العاقلين كليهما ، فما يكون للقضاء إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه ^(١) .

وقررت بحكمها الثانى أن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسؤولاً عن مخاطر ملكه التى لا يلبسها شىء من التقصير ، بل إن هذا النوع من المسؤولية يرفضه الشارع المصرى بتاتاً ، فلا يجوز للقاضى — اعتماداً على المادة ٢٩ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية — أن يرتبه على اعتبار أن العدل يسيغه ، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مائة ؛ وإذن فالحكم الذى يربب مسؤولية الحكومة مدنيا عما يحدث لعامل على نظرية مسؤولية مخاطر الملك التى لاتقتصر فيها (المسؤولية الشئنية) يكون قد أنشأ نوعاً من المسؤولية لم يقرره الشارع ولم يردده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه ^(٢) .

بعد إبعاد هذه الصور نقول إن الصحيح عندنا هو اعتبار ما يأخذ به قاضى الدعوى من القواعد الفقهية فى حل المسألة المطروحة عليه أنه من مادة القانون (بمعناه الأكل) سواء أكانت القاعدة قد استنبطها القاضى مباشرة من نص معين فى القانون ، أم بأية وسيلة من وسائل الاجتهاد المعروفة فى أصول القانون وقضيه . وإنا نعتد فى رأينا هذا على ما يأتى :

لم يكتف شارعنا بما اكتفى به الشارع الفرنسى من النص فى المادة الرابعة من القانون الدنى على محاكمة القاضى ومجازاته بالعقوبة البينة فى المادة ١٨٥ من قانون العقوبات إذا هو امتنع عن الحكم فى الدعوى معتلاً بخلو القانون من النص على ما يحكم به فيها أو بعدم كفاية النص الموجود أو بغموضه ، بل إن شارعنا أوجب على القاضى الحكم بمقتضى قواعد العدل فى المواد الدنية ، وبمقتضى تلك القواعد

(١) المحاماة سنة ١٢ رقم ٣٥٩ من ٧٣٣ .

(٢) ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٥) .

أيضاً وبموجب العادات التجارية في المواد التجارية (المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم). ونعتقد أن ليس المراد « بقواعد العدل والإنصاف » ما يهتدى إليه القاضى — في خصوصيات الدعاوى بظرونها — من وجه الحكم، بضيمه وشعوره وتقديره بروح العدل والإنصاف الموجود في فطرة الإنسان وجبلته^(١)، بل المراد بها القواعد القانونية التي يستنبطها القاضى من قه القانون وأصوله.

ولقد كان معنى المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسى أن لاجبة للقاضى على القانون، ولا على المتقاضين، إذا لم يجد في القانون نصاً صريحاً يحكم به، أو رأى النص غير كاف، أو أن به ابهاماً، بل ينبغي له أن يتفهم ويجهد في استنباط القاعدة الفقهية المناسبة بكل ما لديه من وسائل الاستنباط العلمية؛ ذلك لأن القانون لا تستطيع نصوصه الإحاطة بجميع الروابط القانونية التي ينشأ بين الناس مختلف المعاملات الجارية بينهم، المتغيرة إلى غير حد بتغير الأحوال الاجتماعية والاقتصادية، المتغيرة هي إلى غير حد كذلك، ولأن أى قانون يوضع لتنظيم علاقات الناس في شأن من الشؤون لا يشمل في الواقع إلا على القواعد السكينة التي يعتقد الشارع كفايتها، تاركاً للقاضى مهمة استخراج الأحكام الفرعية بما توفر له من وسائل الاجتهاد المعروفة. وإذا كان نص المادة الرابعة المتقدم الذكر يدل باقتضائه على وجوب الاجتهاد والقضاء في الدعوى بما يستنبطه القاضى من قه القانون بجميع وسائل التفسير والاستنباط العلمية، فقد جاء نص المادة الثالثة من القانون الايطالى سنة ١٨٦٥ صريحاً في هذا المعنى، إذ جاء به أنه إذا لم يجد القاضى نصاً معيناً (une décision précise de la loi) في المسألة المتنازع فيها فعليه أن يحكم فيها بما نص عليه في نظائرها، فإذا خفى القياس فعليه أن يقضى بمقتضى القواعد

(١) اقرأ في كتاب فن القضاء لتبراجيت في الفصل الذى عقده للعدالة باعتبارها مصدراً من مصادر القانون قطعاً ثبينة في نهى القضاة عن الحكم بقواعد العدل بالمعنى المين في المتن (من من ٣٩٧ إلى ٤٠٢ وهوامشها).

القانونية العامة^(١) . (les principes généraux du droit) . وقد جاءت المادة الأولى من القانون السويسرى فزادت هذا المعنى وضوحاً حيث قالت : « إذا لم يجد القاضى النص القانونى المنطبق على الدعوى حكم فيها بقواعد العرف ، فإن لم يجد فيها ما يمكن الاعتماد عليه فى الحكم قضى بالقاعدة التى يضعها هو ، كما كان يضعها الشارع نفسه^(٢) ، مسترشداً فى ذلك بأراء الفقهاء وقضاء المحاكم » . ولا نشك فى أن شارعنا قد نظر إلى ما جاء فى القانون الايطالى عند وضعه القانون المدنى المختلط ولائحة ترتيب المحاكم المختطة ، ولذلك جاءت المادة ١١ من هذا القانون والمادة ٣٤ من هذه اللائحة تنصان على أنه إذا لم يوجد فى القانون نص صريح ، أو كان النص غير كاف أو فيه إبهام يحكم القاضى بما تقتضيه قواعد العدل والإنصاف ، ونصهما فى الأصل الفرنسى هو :

« En cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité, le juge se conformera aux principes du droit naturel et de l'équité. »

ثم إنه أعاد النظر فى هاتين المادتين عند وضع القانون المدنى الأهلى ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية فرأى أن يكتفى فى أداء هذا المعنى بالنص الذى وضعه فى

(١) مبحث ١ من كتابه فى القانون المدنى المختلط ص ٢٢٣ ، وبهامشه نص هذه المادة باللغة الإيطالية .

(٢) ولألك نص المادة الأولى من القانون المدنى السويسرى الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ .

« La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit d'une de ses dispositions.

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence » .

راجع ترجمة هذا القانون من أصله الألمانى لما كس . ل . فورر وعليه تعليقات الأستاذ لـيچين كورتى فورر (Eugène Curti Forrer) . ويقول الملق على هذا القانون فى هامش ١٠ : إن ما ينتهى إليه القاضى من وضع هذه القواعد يكون خاضعاً فيه لرقابة محكمة الاتحاد السويسرى بمقتضى المادة ٥٦ من قانون تشكيلها .

المادة ٢٩ من لائحة الترتيب وعبارته : « إذا لم يوجد نص صريح في القانون يحكم القاضي بما تقتضيه قواعد العدل » . (*se conformera aux principes de l'équité*) ويحكم في المواد التجارية بمقتضى تلك القواعد وبموجب العادات الجارية .

وتقد أحسن الإحسان كله في إسقاط عدم كفاية النص وانبهامه الواردين في القانون المختلط وفي لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، ثم في الاكتفاء بقواعد العدل مستغنياً بها عن أصول القانون الطبي الواردة في القانون المختلط وفي لائحة الترتيب كذلك . ولعله أدرك أنه لا فائدة من ذكر أصول القانون الطبي لأن هذه الأصول إن أريد بها — كما رأه بعضهم — ما يدركه الإنسان بفطرته وعقله من أصول العدل العام الشامل للإنسانية كلها ، كانت غير منضبطة إذا أريد إنزالها على خصوصيات الحوادث والنوازل المختلفة ، وإن أريد بها قواعد الفقه النظرية (*le droit rationnel, le droit théorique*) كما رأه بودرى كانت عبارة « أصول العدل » ، بمعنى قواعد الفقه وأصول القانون ، كافية في أداء المعنى المراد^(١) .

على أن المستشار مسينا يقول إن قضاء المحاكم المختلطة قد فهم من نص المادة ١١ من القانون المدني المختلط ، ومن المادة ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة القواعد الكلية الثلاث الآتية :

الأولى — أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بقواعد العدل (*les règles d'équité*) إذا كان وجه الحكم في الدعوى بمقتضى القانون صريحاً فيه (*Quand la raison de décider d'après la loi est claire et formelle*) .

الثانية — أنه لا يجوز للقاضي بعلّة مراعاته للعدل والإنصاف أن يقضى في الدعوى بغير القواعد القانونية المنطبقة عليها ، أو أن يستبدل بها قواعد آخر

(١) مطول بودرى ج ١ في الأشغال قهرة ٦ ص ٥ .

مقررة في قانون أجنبي أو بأصول القانون الطبي .

الثالثة — أنه لا يجوز للقاضي أن يلتجئ^(١) إلى أصول القانون الطبي أو قواعد العدل إذا كان يمكن سد خلو القانون بالرجوع إلى قياس المسألة على ما يماثلها وتمدية حكم هذه إليها هي ، أو بالرجوع إلى القواعد العامة للقانون المختلط^(٢) .

« par application analogique d'une norme édictée pour des cas similaires, ou par application des principes généraux du droit mixte » .

وبعد أن بين مسينا أسباب خلو القانون من النص وقال إنها ترجع إما إلى أن الرابطة القانونية التي يراد معرفة القاعدة الفقهية الواجب تطبيقها عليها قد ولستها حالة اجتماعية طارئة لم تخطر لاهي ولا نوعها على بال الشارع عند وضع تشريعه ، وإما إلى أن هذه الرابطة وإن لم يرد بالقانون نص يحكم نوعها التي يمكن إدراجها تحته يكون قد نص على حكم ما يماثل نوعها — بيد أن بين هذه الأسباب قال إن المراد من إلزام القاضي بالرجوع إلى قواعد العدل عند خلو الحكم من النص في المسألة القانونية المطروحة عليه ، إنما هو قياسها على ما يماثلها وتمدية حكم الأصل إلى الفرع ، أو الرجوع إلى القواعد العامة المعروفة في فقه القانون المختلط على ما يفهم من نصوصه وفقهاء . وانتهى من هذا إلى القول بأن القضاء المختلط وإن كان كثيراً ما يذكر في أحكامه أنه حكم في الدعوى تطبيقاً لأصول القانون الطبي أو لقواعد العدل ، إلا أنه لا يقصد من ذلك أنه سبغ في الخيال على قاعدة من قواعد القانون الطبي فاهتدى إليها وحكم بها ، وإنما يقصد أنه رجع إلى القواعد العامة التي استقرت فقها أو تفررت في الشرائع الأجنبية المختلفة أو في مشروعات قوانين بعض الدول ، اعتباراً بأنها قد دخلت واستقرت في علم الفقه العام^(٣) . وإذا صح هذا النظر — ولا شبهة عندنا في صحته — صح القول بأن مقصود

(١) مسينا : القانون المدني المختلط ج ١ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

(٢) المرجع المتقدم ص ٢٢٨ .

الشارع في القانون الأهلي من إحالة القاضى إلى أصول العدل (Les principes de l'équité) في حالة خلو القانون من نص صريح على المسألة التي يراد معرفة القاعدة القانونية المنطبقة عليها، إنما هو حض القاضى على الاجتهاد في فقه القانون لاستنباط الأحكام الفرعية المختلفة، بطريق القياس أو بغيره من الطرق الأصولية المعروفة، يطبقها على صور الدعاوى المتماثلة تطبيقاً واحداً يحقق حسن سير العدالة.

وإذا صح هذا، وصح أن الشارع يكون قد أشار بهذا النص إلى اعتبار قياس الشبه وقياس العلة مصدرين من مصادر القانون، كما هما أصل من أصول الأحكام في الفقه الإسلامى^(١-٢)، كان لا مندوحة عندنا من القول بأن أحكام المحاكم

(١) يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف في مقال نفيس نشرته مجلة القانون والاقتصاد (س ٥ ص ٥٠٨ إلى ٥٢٦) بعنوان (السلطات الثلاث في الإسلام) : « إن القانون الأساسى في الإسلام مكون من آيات الأحكام التي جاءت في القرآن، ومن أبحاث الأحكام التي صدرت عن الرسول. وهذا القانون تشريع عام للسلمين كافة في كل زمان ومكان. وكل حركة تشريعية في الإسلام من أى جهد في أى عصر يجب ألا تخرج عن حدوده ولا تعارض نصاً من نصوصه أو أصلاً من أصوله ». قال : « وآيات الأحكام في القرآن لا يزيد عددها على مائتى آية (مع أن عدد آيات القرآن ستة آلاف آية) ويلاحظ فيها : أولاً — أن كثيراً منها يقرن فيها بيان الحكم ببيان الحكمة تشريعه والمصلحة التي اقتضته، وفي ذلك إذن بالاجتهاد لاستنباط الأحكام التي تنفذها مصالح الناس — ثانياً — أن أكثر هاته الآيات تبين الحكم على وجه الاجمال كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » من غير تفصيل أنواع العقود وضروب الالتزام الواجب الايفاء بها، وقوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » من غير بيان الربا الذي حرم، والبيع الذى أحل » ثم قال : « والحكمة في هذا الاجمال ألا يكون في نصوص القانون حرج وأن تنعم لما يجرد من حاجات وجزئيات لأنه ما دام قانوناً عاماً للناس كافة في كل زمان وأى مكان لا بد أن تغفل نصوصه المصالح المختلفة ويكون لولاة الأمور فيها سعة فالتفصيل هو المثل الأعلى وحد السكالك للتشريع العام الذي لا ينص أمة دون أمة ولا عصرأ دون عصر » قال : « وما جاء بأبحاث الأحكام لا يخرج عن أحد أمرين : إما أن يكون بياناً وتفصيلاً لأحكام جاءت بالقرآن على وجه الاجمال، فله حرم الربا، والرسول بين الربا الذي حرم بمحدث الأشياء الستة : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، وبدأ يد، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً يد ». » والفقهاء يأتوا الزكاة، والرسول بينا لصاب التي تجب الزكاة فيه والمقدار الواجب أدائها وموعد الأداء وشروطه فتكون الزكاة التي أمر الله بابتائها هي على الوجه الذي بينه الرسول . أما الأحاديث التي تقرر =

الخاتمة لهذه القواعد المستنبطة من أصول القانون وقصه تخضع لرقابة محكمة النقض خضوع الأحكام المحططة في تفسير القانون لهذه الرقابة . ولا يمنع من هذا النظر في مصر ما منع محكمة النقض الفرنسية من مثله استناداً إلى ما جاء في لأشعة ترتيبها

== حكما ليس في القرآن فهي تصدر عن اجتهاد الرسول وهو يرجع في اجتهاده إلى أحكام القرآن وإلى ما يؤخذ من أصوله العامة : قاله حرم الجمع بين الأخنين ، والرسول حرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها قياساً على تحريم الأخنين وأشار إلى وجه القياس بقوله : « إنكم إن فعلتم ذلك فطعم أرحامكم » . والله حرم الأمهات من الرضاعة والأخوات من الرضاعة ، والرسول حرم من الرضاع كل ما تحرم من النسب قياساً على الأم والأخت . وهكذا كل حكم قرره السنة وليس في الكتاب نص عليه فرجه إلى نص في القرآن أو أصل من أصوله العامة أو ما تدل عليه جملة آياته » .

(٢) إن جمهور الفقهاء المسلمين قد جعلوا الاجماع والقياس أصليين من أصول الأحكام (أي مصدرين من مصادر الشريعة) مستدلين في ذلك بآيات القرآن وبالسنة وأعمال الصحابة والتابعين . وللامام الأكبر ابن القيم الجوزية جزءان كاملان من كتابه « أعلام الموقعين » تكلم فيها على القياس والقائنين ونفاة القياس وشبههم ، وآتى فيه بالسبب العجيب ومما قاله : إن المراد « بالاعتبار » الوارد ذكره في الآيات القرآنية التأمل في معاني النصوص لتعمل بما وضع من معناها فيما لا نص فيه . وأن النبي صلى الله عليه وسلم أقر ماذا على اجتهاده رأيه فيما لم يجد فيه نصاً عن الله ورسوله فقد روى عنه أن رسول الله لما بيته إلى اليمن قال : كيف تصنع إن عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بما في كتاب الله . قال : فان لم يكن في كتاب الله ؟ قال : في سنة رسول الله . قال : فان لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي لا آلو ، فضرب رسول الله على صدره ثم قال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لا يرضى رسول الله (ص ١٧٥ من الجزء الأول الطبعة النورية) . وذكر من اجتهاد الصحابة والتابعين ومن تبهم الفقه الكثير . ومن نفيس ما قاله بعد ذلك : فهذا شرع الله وقدره ووجهه وتوابعه وعقابه فقام بهذا الأصل وهو إلحاق النظر بالنظر واعتبار المثل بالمثل ، ولهذا يذكر الشارع الملل والأوصاف المؤثرة والمغاي الغريبة في الأحكام القدرية والشرعية والجزائية ليدل بذلك على تحقق الحكم بها أين وجدت واقضائها لأحكامها وعدم تخلفها عنها إلا لائق يعارض اقتضاءها ويوجب تخلف أثرها عنها .

ثم يقول وقد جاء التعليل في الكتاب بالبلاء تارة وباللام تارة وبأن تارة وبمجموعهما وبكى تارة وترتيب الجزاء على الشرط تارة وبالفاء المؤذنة بالسببية تارة ويترتب الحكم على الوصف المقضى له تارة الخ . ثم ضرب لذلك أمثالا عدة من الكتاب والسنة وعمل النبي . ومما ذكره مثلا لقياس العكس الجلي البين ، وهو إثبات قضيض حكم الأصل في الفرع لثبوت ضده فيه ، أن الرسول قال في بضع أحدكم صدقة قالوا يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر قال رأيتم لو وضعها في حرام أكان يكون عليه وزر قالوا نعم قال فكذلك إذا وضعها في الحلال يكون له أجر . ==

وقوانين انشائها من أن المخالفة التي تستوجب نقض الحكم هي المخالفة الصريحة

ومن اجتهادهم أنهم جعلوا البعد على النصف من الحر في التكاليف والطلاق والعدة قياساً على ما نص الله عليه من قوله : (فإذا أحصن فإن أنين باحشة ضليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) . ومنه أخذهم في الفرائض بالمولد وإدخال النقص على جميع ذوى الفروض قياساً على إدخال النقص على الفرعاء إذا ضاق مال المفلس عن توفيتهم ، فبما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم من قوله للفرعاء « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » ، وبما قاله الإمام في شمول النصوص وإغنائها عن القياس في كثير من الأحيان أن دلالة النصوص نوعان : حقيقة وإضافية ، والحقيقة تابعة لقصد التكلم وإرادته ، وهذه الدلالة لا تختلف ؛ والإضافية تابعة لفهم السامع وإرادته وجودة فكره وقريحته وصفاء ذهنه ومعرفة بالألفاظ ومراتبها ، وهذه الدلالة تختلف اختلافاً متبايناً بحسب تباين السامعين في ذلك والقصد تفاوت الناس في مراتب الفهم في النصوص ، وأن منهم من يفهم من الآية حكماً أو حكماًين ، ومن يفهم منها عشرة أحكام أو أكثر من ذلك ، ومنهم من يقتصر في الفهم على مجرد اللفظ دون سياقه ودون إيمانه وإشارته وتبيينه واعتباره . وأخص من هذا وألطف منه إلى نس آخر متعلق به ، ففهم من اقتراه به فهدراً دائماً على ذلك اللفظ بفرده ، وهو ما لا يفتنه إلا النادر من أهل العلم ، وهذا كما فهم ابن عباس من قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حوليين كاملين » مع قوله : « وحله وفصاله ثلاثون شهراً » أن المرأة قد تله ستة أشهر .

ومن فصوله الجيدة فصل طويل بين فيه أن ليس في الصريحة شيء على خلاف القياس ، وأن ما يظن مخالفته لقياس فأحد الأمرين لازم فيه ولا بد : إما أن يكون القياس فاسداً أو يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنس كونه من الفرع . ثم تناول ما زعم أنه خلاف القياس لما ثبت بالنس فردة إلى القياس الصحيح ، ومنه مسألة التزام وسقوط المتراجحين في البرر وتسمى مسألة الزية ، وأصلها أن قوماً من أهل اليمن حفروا زية للأسد ، فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد ، فغضب ثانياً ، فغضب الثالث ثانياً ، فغضب الثالث رابعاً فقتلهم الأسد ، فرفع ذلك إلى أمير المؤمنين على كرم الله وجهه وهو على اليمن ، قضى للأول بربع الدية ، وللثاني بثلثها ، وللثالث بنصفها ، وللرابع بكاملها ، وقال : أجمل الدية على من حفر رأس البرر ، فرفع ذلك إلى النبي فقال : هو كما قال . قال : وهذا مقتضى القياس والعدل وهذا يتين بأصل وهو أن الجناية حصلت من فعل مضمون ومهدر ، فأسقط ما يقابل المهدر ، واعتبر ما يقابل المضمون ، كما لو قتل عبداً مشتركاً بينه وبين غيره أو أنلف مالا مشتركاً سقط ما يقابل حقه ووجب عليه ما يقابل حق شريكه . ثم طبق المؤلف هذا الأصل على صورة القضية فقال : إن الجاذب لم يباشر الأهلاك ، وإنما تسب إليه ، والحاضرون تسبوا بالتزام ، فكان تسبهم أقوى من تسب الجاذب لأنه أُلجئ إلى الجذب ، ثم قال : ولما كان المباشر للتلغ هو الأسد ولا يمكن الإحالة عليه فقد ألغى فعله وصار الحكم للاسب ، ولما كان لا فعل للرابع وإنما هو مفعول به محض فله كمال الدية ، ولما كان الثالث فاعلاً ومفعولاً به فألغى ما يقابل فعله ، واعتبر فعل الغير به فكان قطعه نصف الدية ، والثاني كذلك إلا أنه جاذب لواحد والمجذوب جاذب لآخر فكان الذي حصل عليه من تأثير الغير ثلث السب وهو جذب الأول له فله ثلث الدية ، وأما الأول ثلاثة أرباع السب من فعله وهو سقوط الثلاثة الذين سقطوا بمجذبه مباشرة وتسبباً ورجعه من وقوعه بتزام الحاضرين فكان حظه الربع .

لنص قانونى صريح مما جعل هذه المحكمة تتخرج فى أول عهدا من بسط رقابتها على تفسير القانون وتطبيقه ثم تتخرج — ولا تزال — من بسط هذه الرقابة على بعض نواح من تفسير القانون وتطبيقه ، كما سلف الذكر . لا يمنع ذلك من هذا النظر ، لأن قانوننا قد جعل الرقابة لمحكمة النقض على مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، وقد استعمل هذه الألفاظ الشاملة لجميع نواحى نشاط القضاء فى القانون بالمعنى الذى يتسع لاستنباط القواعد الفقهية من أصول القانون العام بالمعنى الذى اخترناه . هذا فضلاً عن أن الشارع قد صرح فى ديباجة قانون إنشاء محكمة النقض أنه إنما أنشأها لتحقيق حسن سير العدالة فى أنحاء الدولة ، وبين فى مذكرته الإيضاحية أنه قد أهمل عمداً تحديد ما يجب أن يفهم من كلمة « القانون » حتى تتولى محكمة النقض نفسها تحديد المعنى المقصود من هذه الكلمة . وظاهر أن من حسن سير العدالة أن تتدخل محكمة النقض بالرقابة على القواعد الفقهية المستنبطة من فقه القانون العام حتى تحقق الفرض المقصود من إنشائها بتوحيد القضاء بالقانون ، سواء فى ذلك ما نص عليه فيه وما استنبط من فقهه وأصوله العامة .

ثم إن رقابة محكمة النقض المصرية ما دامت لا تقف عند حد الرقابة الصائية التى تنحصر فى تقرير نقض الحكم وإحالة الدعوى إلى محكمة موضوع أخرى لتحكم فيها بما تراه غير متقيدة برأى محكمة النقض (كما عليه الحال عند محكمة النقض الفرنسية) بل إنها تميد الدعوى إلى محكمة الاستئناف لتفصل فيها بالرأى الذى أخذت هى به من قبل ، وقد لا تحيلها فتفصل فيها متى رأتها صالحة للحكم — إنه ما دام الأمر كذلك فى مصر ، وما دام يجوز لمحكمة النقض المصرية أن ترى أن القاعدة القانونية التى قضت بها محكمة الموضوع غير منطبقة على الدعوى ، وأن الذى ينطبق عليها وعلى أمثالها قاعدة أخرى من قواعد العدل (بالمعنى الذى اعتمدناه لهذه العبارة) فتعيد القضية إلى محكمة الموضوع لتحكم فيها بموجب هذه القاعدة التى قررتها . ما دام الأمر كذلك ، وما دامت محكمة الإعادة ستصبح

مقيدة بهذه القاعدة المستنبطة من قه القانون وأصوله فمن حسن سير العدالة أن تجمع المحاكم على الأخذ بها توحيداً للقضاء كما تجمع على الأخذ برأى محكمة النقض في تفسير القواعد القانونية المنصوص عليها .

٢٣ — **المعاهدات** : والأصل أن المعاهدة متى وقها المندوبون المكفون بتوقيعها وأقرتها السلطة المختصة بإصدارها ثم نشرت ^(١) ، فإنه يكون لها حكم القانون في القضايا التي تكون ظروفها من الظروف التي وضعت المعاهدة للفصل فيها بقتضاها ، سواء أكان الأشخاص الذين يتسمكون بالمعاهدة من رعايا الدول التي وقعتها ، أم كانت المعاهدة مما يصح لكل متوطن أو مقيم أو موجود بأرض الدولة أن يتسك بها أو كان يمكن لرعايا غير الدول التي وقعتها أن يستفيدوا منها بناء على « شرط الدولة الأكثر رعاية » (la clause de la nation la plus favorisée) .

ومن المتفق عليه أن المعاهدة متى كانت خاصة بتقرير قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص ^(٢) ، فإنه يجب على القاضي من تلقاء نفسه أن يتثبت من وجودها وما إذا كانت واجبة التطبيق أو غير واجبه بالنظر لظروف القضية المطروحة أمامه وبالنسبة لخصومها ، وله الحق في تفسيرها كلما كان ذلك ضروريا

(١) قد تعرض المعاهدة على البرلمان فيصدرها بقانون ، وقد يصدرها الملك بمرسوم ، وقد يكتفى بنشرها كما ينشر القانون ؛ فالاتفاق بين مصر وفلسطين بشأن تبادل تنفيذ الأحكام قد أصدره الملك بمرسوم في ٢٧ يناير سنة ١٩٢٩ ، والاتفاق المفود بين إيطاليا ومصر في ١٤ أبريل سنة ١٩٢٣ بشأن جنسية اللبيين المقيمين بالمطر المصري نشر في الوقائع الرسمية في ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ ، والاتفاق الحاصل بين نظارة الحفانية والقلم القضائي لحكومة السودان على وضع قانون يتعلق باعتبار وتنفيذ أحكام المحاكم المصرية في السودان قد نفذ بإصدار ذلك القانون في السودان في سنة ١٩٠١ وترتب على إصداره أن أصبحت المحاكم المصرية تعامل الأحكام السودانية بمثل المعاملة المقررة لأحكام مصر في السودان (أبوهيف فقرة ٣٥١ و٣٥٢ القانون الدولي الخاص) .

(٢) كتحديد اختصاص محاكم كل دولة مثلا بالنسبة لرعايا الأخرى أو إعفاء رعايا كل منها أمام محاكم الأخرى من دفع الكفالة الواجبة على الأجانب لا مكان رفع الدعوى أمامها .

لحل المسألة القانونية المختلف عليها ، ورأيه في ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض .
ومن المتفق عليه كذلك أنه إذا كانت المعاهدة الخاصة بشأن مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص تحتوى قواعد تخالف قواعد القانون الوطنى ،
فإنما أن تكون المعاهدة قد بينت ما يجب اتباعه لرفع الخلاف أو لم تكن قد بينته ،
فإن تكن قد بينت كيفية رفع الخلاف فعلى القاضى اتباع ما جاء بها ، وإن
لم تكن قد بينت ذلك فعلى القاضى اتباع نص المعاهدة . وهذا كله إذا كانت
المعاهدة قد صدرت بعد القانون ، فإن كانت قد صدرت قبله وجب على القاضى
تطبيق نص المعاهدة كذلك ، لأن الدولة التى أصدرت القانون لا تستطيع وحدها
نقض المعاهدة بغير رضا من وقمها من الدول ^(١) إلا بالطرق المشروعة فى القانون
الدولى العام ، وقضاء القاضى فى ذلك يخضع أيضاً لرقابة محكمة النقض .

أما المعاهدات الأخرى غير الخاصة بتقرير قواعد القانون الدولي الخاص ،
فالقهاء مختلفون فيما إذا كان للمحاكم سلطة تفسيرها أو لا ، وفى مدى هذه
السلطة . وعلة اختلافهم هى ما لكل منهم من وجهة نظر فى طبيعة عمل الدولة
فى إبرام المعاهدة : فمن اعتبره من الأعمال الحكومية أو السياسية منع المحاكم
من التفسير وجعل الشأن فيه للدول تنفق عليه بالطرق السياسية أو بالتحكيم
أو برفع الأمر لمحكمة العدل الدولية . ومن رأى أنه عمل تشريعى أقر للمحاكم
بسلطتها فى تفسير المعاهدة تحت رقابة المحكمة العليا ^(٢) . ومحكمة النقض الفرنسية
تفرق بين ما إذا كانت المسألة التى يراد تطبيق المعاهدة فيها تتعلق بالنظام

(١) الزينى الجزء الأول ص ٣٣ (وينصهد فى ذلك بنجم محكمة سل الالمانية الصادر
فى أول فبراير سنة ١٩٢٢ الذى فضل تطبيق معاهدة فرساي بشأن جنسية الأشخاص الذين
تشملهم على تطبيق القانون الألمانى الخاص بالجنسية — كلونيه سنة ١٩٢٣ ص ١٣٤) ثم
ص ٢١٥ وما بعدها من موجزه فى القسمين الثالث والرابع وأبو هيف بند ٣٠٧ .

(٢) Despagne فى موجز كتابه فى القانون الدولى الخاص طبعة ثالثة ص ٦٢ ،
و Oppert فى مقاله « تفسير المعاهدات السياسية أثناء نظر الدعوى » بمجلة القانون الدولى
الخاص سنة ٩٩ ص ٤٣٣ ، والزينى فى موجزه ص ٢١٧ وما بعدها .

العام وتمس سيادة الدولة العاقدة ، أو تتعلق بمصلحة الأفراد لحسب ، ثم تمنع المحاكم من تفسير المعاهدة في الصورة الأولى اتقاء للأزمات والأحداث السياسية ، وتجهيزها لما تحت رقابتها في الصورة الثانية^(١) . وقد قررت محكمة نقض روما بهيئة دوائرها المجتمعة أن المعاهدة عمل من الأعمال السياسية فليس للمحاكم سلطة تفسيرها بحال^(٢) .

والمحاكم في مصر تفسر المعاهدات من تلقاء نفسها بغير أن تفرق بين المعاهدات التي تمس سيادة الدول أو النظام العام فيها والتي لا تمس إلا صالح الأفراد ، فهي والقانون سواء في نظرها^(٣) .

٢٤ — **القوانين المختلطة** : وتشمل كلمة « القانون » القوانين المختلطة بالنسبة للعلاقات المدنية والتجارية التي نشأت تحت سلطان هذه القوانين ثم زال منها العنصر الأجنبي لأى سبب من الأسباب ولم يبق فيها من خصوم إلا من هو مصرى أو أجنبي غير متمتع بالامتيازات^(٤) ، لأن وقوع الاختصاص في هذه القضايا للمحاكم الأهلية لا يترتب عليه حرمان ذوى الشأن من حقهم في تطبيق القانون المختلط الذى نشأت في ظله تلك العلاقات . وحقهم في تطبيق هذا القانون لا شبهة فيه ، لأن اختصاص محكمة بدعوى لا يتعين إلا حين رضاها ، أما القانون الذى تحكم به المحكمة المختصة في الدعوى ، فانه يتعين منذ إنشاء العلاقة القانونية بين طرفيها . وواضح أن أهمية الحكم في الدعوى بالقانون المختلط دون القانون الأهلى لا تظهر إلا عند اختلاف نصوصهما ، كما في بيع الثمار قبل انقضاءها والزرع

(١) ن . ف ٣٠ يونيه ١٨٨٤ (س ٨٦ — ١ — ١٧٤) .

(٢) نفس روما بهيئة الدوائر الخمسة (س ٩٠٢ — ٤ — ٢٠) .

(٣) الزينى في موجزه ص ١٦٥ ، والأحكام الكثيرة التى بالمهاشم . وبهاشم ميناء جزء أول ص ٣٠٣ وما بعدها . سلسلة طويلة من المعاهدات الدولية المختلفة ، والأحكام التى أصدرتها محكمة الاستئناف المختلطة تطبيقاً وتفسيراً لتلك المعاهدات .

(٤) أبو هيف ، القانون الدولى الخامس ص ٨٤٣ .

قبل نبأته^(١) وآثار القسمة^(٢) ، وفي الحوالة بالدين^(٣) والبيع الوفاي^(٤) وحق المرتهن في التمسك بوضع يد الراهن على العقار المرهون المملوك للغير^(٥) ، واستبقاء الرهن لصالح الدائن المرتهن عند بطلان المشاركة المشتمة على نقل ملكية العقار أو عند انقضاء حقوق من تلقى عنه الرهن بسبب عدم إمكان الوفاء أو عند تجاوز

(١) بيع الثمار قبل انقضاءها والزرع قبل نبأته باطل بحكم المادة ٣٣٠ من القانون المختلط التي لا مقابل لها في القانون الأهلي . والمحاكم المختلطة قد جرت على فصر هذا البطلان لمصلحة البائع في البيع الجزافي ضمن الجملة .

(٢) المادة ٥٥٥ من القانون المدني المختلط تعتبر قسمة المال عيناً بمنزلة بيع كل من الشركاء فيه حصته الشائعة قبل القسمة بالحصص التي حازها بعد القسمة ، فتكون هذه القسمة نتيجة لهذا البيع . أما المادة ٤٥٧ من القانون المدني الأهلي فقد نصت على أن كل حصة وقمت بموجب القسمة في نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائماً ملكاً له قبل القسمة وبسببها ويستمر أنه لم يملك غيرها من الأموال التي اقتسمت .

هنا والمحاكم المختلطة لا تأخذ بحكم المادة ٥٥٥ إلا فيما بين المتقاسمين ، وتعتبر القسمة في الشركاء مبنية للحقوق لا ناقلة لها (أبو هيف دولي خاص ص ١٠٧٢ و ص ١٠٧٣) .

(٣) قارن المادة ٣٢٩ من القانون المدني التي تنص على عدم اعتبار بيع الدين صحيحاً إلا إذا رضى به الدين كتابة بالمادة ٤٣٦ من القانون المدني المختلط المعدل بديكرتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ التي تكن في صحة هذا البيع ونقل ملكية الدين بالنسبة لغير المتقاسمين بإعلان الدين إعلاناً رسمياً ، وعلى ذلك فالحوالة بدين نشأ في ظل القانون المختلط بين وطني وأجنبي تقع صحيحة بمجرد إعلانها للدين ولو كان المختال وطنياً ويظل القانون المختلط يحكمها (حكم محكمة طوخ في ٨ مايو سنة ١٩١١ مع ١٣ ع ١٥٤ ص ٢٦ ، والمراجع الجملة التي أشارت إليها المجموعة ، وحكم محكمة الأقصر في ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة س ٤ ص ٤٦٦ وأبو هيف دولي خاص ص ١٠٦٧ و ص ١٠٦٨) .

(٤) المادة ٣٤١ من القانون المدني الأهلي تحرم على البائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاداً يزيد على خمس سنين وتنص على أن كل ميعاد يزيد على ذلك يعتبر تنزيه إلى خمس سنين ، أما المادة ٤٣٦ من القانون المدني المختلط ، فتشترط ألا يزيد هذا الميعاد على سنين . وكلا القانونين ينص على أن الميعاد محتم يرتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد . وإذن ففائدة المشتري من تطبيق القانون المختلط دون القانون الأهلي ظاهرة واضحة .

(٥) المادة ١٠٧ من القانون المختلط تحجز للدائن المرتهن ، إذا كان متقدماً صحة الرهن أن يتمسك بوضع يد الراهن على العقار المملوك للغير مدة خمس سنوات ليحتفظ برهنه في وجه المالك الحقيقي ، فللدائن المرتهن الوطني المصري أن يتمسك بهذا الحق ضد مالك العين المرهونة ولو كان وطنياً متى كان عقد الرهن قد نشأ في ظل القانون المختلط . على أنه قد أضيف إلى القانون المدني الأهلي المادة ٧٩ مكررة بمعنى المادة ١٠٧ من القانون المختلط (بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣) .

بائع العين المرهونة حدد القدر الجائز التبرع به للوارث أو للأجنبي أو عند نزول الشرط الفاسخ أو التوقيف أو عند انقضاء الزمن المعين لزوال حق الانتفاع أو عند إبطال هذا الحق أو حرمان صاحبه منه أو عند استعمال البائع حقه في الفسخ ضد المشتري بسبب عدم دفع الثمن^(١). وعلى هذا إذا خالفت المحاكم الأهلية حكم القانون المختلط عند وجوب تطبيقه أو أخطأت في تطبيقه أو في تأويله جاز الطعن في أحكامها أمام محكمة التقضى^(٢).

٢٥ - الشرائع الدينية والبلدية : والشريعة الإسلامية والقوانين الدينية

للمسيحيين واليهود من المصريين وقوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب غير المتمتعين بالامتيازات ، تعتبر من القوانين المصرية التي يجب على المحاكم الأهلية تطبيقها في مسائل الأحوال الشخصية التي تعرض لهذه المحاكم بصفة فرعية ولا تجد فيها ما يستدعي التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل في تلك المسائل محكمة الأحوال

(١) راجع المواد : ١٩٧ و ٢٤٢ و ٢٢٣ و ٣٤٠ و ٣٤٦ و ٣٤٧ و ٣٤٨ و ٤١٣ و ٤١٧ من القانون المدنى المختلط التي تنس على استبقاء الرهن لصالح الدائن المرتهن عند بطلان حق الراهن في ملك العين المرهونة بأحد الأسباب المذكورة بهذه المواد . وقد أضيف أحكام هذه المواد إلى القانون الأهلى بالقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٣٣ الصادر فى ١٠ يولييه سنة ١٩٣٣ .

(٢) قد عرض على محكمة التقضى طعن ادعى رافعه أن محكمة الاستئناف — بفضائها باختصاص المحاكم الأهلية بنظر دعوى نزاع الملكية — قد خالفت نص المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والمادة التاسعة من القانون المدنى المختلط . قبلت المحكمة الطعن شكلاً ورفضته موضوعاً بناء على ما تبين لها من أن محكمة الاستئناف حكمت بموجب هذه المادة ، وقالت : يجب للعلم بعدم اختصاص المحاكم الأهلية عملاً بالمادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة أن يثبت أمام المحكمة أن العين المطلوب نزاع ملكيتها عليها حقيقة رهن لأجنبي ضماناً لدين لم يزل باقياً بنعمة الدين . فثبت المحكمة الأهلية في الأدلة الثبته لوجود الحق الصينى والأدلة النافية لهذا الوجود ، حق من حقوقها . . . الخ فإذا ثبت لها أن الدين الذى هو أساس تلك التسجيلات غير المنصبة على العين المرهونة قد زال فزال تلك التسجيلات تبعاً له . . . ثم قضت بناء على ذلك برفض الدفع بعدم الاختصاص كان قضاؤها سليماً غير مغلطى في تطبيق القانون (ن . م . م . ٩ يونيه سنة ١٩٣٢) القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥٦ (ص ٤٧٢) .

الشخصية المختصة بنظرها بصفة أصلية^(١). ذلك لأن الشارع المصرى كما أخضع الأجانب في مصر في أحوالهم الشخصية لقانون جنسيتهم أخضع أيضاً المصريين لقانون دياتهم، ولكنه نظراً لعدم وجود قانون إقليمي واحد ينظم الأحوال الشخصية لجميع المصريين، ولاختلاف أديانهم ومذاهبهم الدينية، نص على أن القانون الذى

(١) قد اشقت المحاكم المختلطة « نظرية عدم وقف الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها » من المادة الرابعة من القانون المدنى المختلط الى جاء فيها بعد التقرير بأن الاختصاص في هذه المسائل هو لقاضى الأحوال الشخصية : إنه متى وقت مسألة من هذا القبيل في أثناء نظر قضية أصلية ورأت المحكمة لزوم الحكم في تلك المسألة مقدماً ، وجب عليها تأخير الحكم في القضية الأصلية وتحديد مبادىء الخصم الذى أقيمت عليه هذه المسألة لاستحصاله على حكم انتهائى فيها من القاضى المختص بذلك ، فان لم تر المحكمة لزوم الحكم في المسألة المذكورة مقدماً صرف النظر عنها وبحكم في الموضوع » .

وقد توسعت المحاكم المختلطة في الأخذ بهذه النظرية توسعاً عظيماً ، فقضت في المسائل البعيدة عن اختصاصها من أهلية وزواج وميراث بمجرد رفضها لها بصفة فرعية . ولكنها مع ذلك قد قررت أن القاضى المختلط لا يصبح له الحكم في مسائل الأحوال الشخصية الفرعية التى تكون محولة بصعوبات خاصة ولو اعتقد أن ما يحصل فيها من رأى يكون أدنى إلى الصحة ، وقد استقرأ المرحوم أبوصيف بك الأحوال التى لم تر المحاكم المختلطة فيها محلاً لوقفها (فقرة ٤٥٤ من كتابه في القانون الدولى الخاص) . والمحاكم الأهلية لا تتوسع في الأخذ بهذه النظرية توسع المحاكم المختلطة في الأخذ بها ، ولكنها مع ذلك قضت بعدم وقف الدعوى للحكم في صفة الزوج وأحقته في الإرث بالنظر لإقرار زوجته في حال صحتها بأنه زوجها (س ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٢ بمحكمة سنة ٣ ص ٨) و (س ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ مج ١٨ ص ٣٢) الذى ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى القاضى برفض طلب التحقيق لإثبات جنون المورث وقت صدور عقد البيع ، اعتماداً على أن أهلية المتصرف هي من اختصاص المحاكم الفرعية والمجالس المحلية ، وقضى بأن للمحاكم الأهلية أن تأذن بالإثبات ولو أن المسألة من مسائل الأحوال الشخصية .

وقد قالت محكمة النقض في حكمها المؤرخ في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ في (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٤٧ ص ٤٦٤) إنه وإن كان القاضى الأهلى ممنوعاً بمقتضى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية من أن يضع نفسه موضع القاضى الفرعى في تحقيق الوفاة والوراثة بطريق التحريات وسماع شهود تؤيدها واستدعاء الورثة لسداد أقوالهم ، ثم التقرير بالوراثة بناء على ما يثبت له ، إلا أن له أن يأخذ في إثبات الوراثة بإقرار أحد الخصمين في مجلس القضاء ، سواء أكان ذلك الإقرار حصل أمامه أم أمام غيره ودون ورقة رسمية ، توصلاً إلى التحقق من صفة المحصور في الدعوى المطروحة أمامه دون أن يرسل هؤلاء المحصور أمام المحكمة الشرعية لفصل في الوراثة . وأخذ بهذا الإقرار لا اعتداء فيه على اختصاص القاضى الفرعى ، لأنه يدخل فيما له من الحق في تقدير الدليل المقدم له في الدعوى التى تحت نظره .

يحكم الأحوال الشخصية للمصريين إنما هو قانون الملة لكل منهم (الواد ٥٤ ، ٥٥ ، ١٣٠ من القانون المدني) . ولتعدد جهات الحكم المختصة في مصر بنظر الأحوال الشخصية ولأنها جميعاً جهات حكم دينية قيدت نفسها بشرائع خاصة ، أصبح قانون ملة المصريين لا يحكم أحوالهم الشخصية إلا في الصور التي يكون فيها الاختصاص للجالسهم الملية . ومتى كان القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية هو قانون محكمة الأحوال الشخصية المختصة ، فليس ثمة صعوبة ما إذا اتحد الخصوم جنسية وديناً ، لأن قانون ملتهم هو وحده الذي يكون واجب التطبيق أمام المحكمة الأهلية إذ تحمل هذه المحكمة محل المجلس للملئ المختص وتفصل في المسألة كما يفصل فيها هذا المجلس بقانون ملة الخصوم . أما إن اختلف الخصوم جنسية أو ديناً فقد رأى المرحوم أبو هيف بك أن المحكمة الأهلية أو المختلطة يكون عليها أن تحقق من يكون من الخصوم هو المدعى عليه في النزاع حول الحالة الشخصية المعروضة ، فإن استطاعته حكمت بقانون محكمة المدعى عليه ، وهو قانون جنسيته إن كان أجنبياً وقانون محكمته الدينية إن كان مصرياً ، وإن أشكل عليها الأمر وجب عليها وقف الدعوى . ويرى الدكتور الزيني أن تقضى المحكمة المختلطة أو الأهلية بما كانت تقضى به محكمة الأحوال الشخصية المختصة حتى لا يكون ثمة تناقض بين ما تقضى به في المسألة الواحدة جهة الأحوال الشخصية صاحبة الاختصاص والمحكمة الأهلية أو المحكمة المختلطة التي لا تختص بالحكم فيها إلا بصفة فرعية ، إلا أن يكون الخصوم من الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات (وهؤلاء يخضعون لاختصاص المحاكم الشرعية ما دامت قنصلياتهم ليس لها حق القضاء في مصر) فإنه يرى أن الأسلم هو القضاء بوقف الدعوى ، ويقول : إن الخصوم لا يكونون مضطرين عند وقفها إلى أن يرفعوا أمرهم إلى المحكمة الشرعية ، بل يمكنهم أن يرفعوا دعواهم عن المسألة الشخصية المتنازع فيها إلى محاكم بلادهم الأصلية^(١) .

(١) أبو هيف (دول) ص ١٠٥٨ والزيني في موجزه ص ٢٤٤ وما بعدها وفيه أن =

وليس من موضوع هذا الكتاب استقصاء البحث في هذه المسائل ، ولا التعرض لتحديد ما يعتبر من الأحوال الشخصية وما لا يعتبر منها ، ولا لبيان القانون الذي يطبق فيها مسألة مسألة . وللرحوم أبي هيف بك صحف قيمة مشكورة بسط فيها الكلام على الأحوال الشخصية والأشخاص المعنوية ، وبين ما تتنازع الاختصاص فيه المحاكم الشرعية والمجالس الحسينية والمجالس المالية ، ثم أحكام التنازع الداخلي بين الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية والقوانين المدنية والتجارية ، وما يجب أن يطبق منها في مسائل الأحوال الشخصية^(١) . وقد عقد للمواريث فصلاً خاصاً تكلم فيه عن العلاقات الناشئة بين المورث وورثته ، وبين بعض الورثة وبعض ، وبين المورث وورثته ودائيتهم ، وتساءل عما إذا كان قانون الأحوال الشخصية هو الذي يحكم هذه العلاقات كلها أو يحكم بعضها ويحكم القانون المدني أو التجاري بعضها الآخر ، وأجاب عن ذلك بتفصيل واف ، ثم بحث في حكم سقوط حق الإرث بمضى المدة ، وهل يخضع لقانون الأحوال الشخصية

= المحاكم المختلطة لم تثبت في ذلك على رأي ، فرة حكمت بقانون ملة الأجنبي غير المتمتع بالامتيازات ، وأخرى بالشرعية الإسلامية على اعتبار أن المحاكم الشرعية هي المختصة بالأحوال الشخصية بالنسبة لغير المتمتعين بالامتيازات ، وأخرى بوقف الدعوى . وهذا وبناء على الاتفاق الموقود بين مصر وإيران ، يجب على المحاكم المصرية أن تحكم في قضايا الإيرانيين الخاصة بأحوالهم الشخصية بمذهبهم الإسلامي (الاتفاق المؤرخ في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ والذين ص ٣٠٦) .

(١) ولحكمه التقى الصرية حكم جليل القدر بينت فيه : ١ - أن المقصود بالأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو المائلة التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته المالية - ٢ - وأنه إذا لم يتم النزاع على علاقة الموصى بالموصى لهم أو علاقته بباقي ورثته ولا على صفة الوصية أو أهلية الموصى للتبرع ، فلا يترتب ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية ، وعلى ذلك إذا قام النزاع على وصف الحقوق العينية التي رتبها الموصى على الفغار الموصى بحق الانتفاع به وعلى حكم القانون في هذا الوصف فلا يكون هذا النزاع متعلقاً بغيره من الأحوال الشخصية التي يحكمها قانون الملة وقضى فيها المجلس الأعلى ، بل هو متعلق بأمور عينية يجب الرجوع فيها إلى القانون المدني الذي هو قانون موقع الفغار واتباع قواعده لأنها من النظام العام . وقد بين هذا الحكم كيف يقع تكييف المسألة المتنازع فيها لمعرفة ما إذا كانت من مسائل الأحوال الشخصية أو من مسائل الأحوال العينية (٢١ يونيو ١٩٣٤ ملحق القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٦٨ والمجلدات س ١٥ قسم أول رقم ٤٤ ص ٨٧ وما بعدها)

أم للقانون المدني أم لكل منهما بحسب الأحوال^(١) .

والذى يهنا ذكره ويدخل في موضوع هذا الكتاب أنه متى وجب الحكم في الأحوال الشخصية بالشريعة الإسلامية أو بإحدى القوانين اللية أو الجنسية الخاصة بالأجانب غير المتمتعين بالامتيازات ، فانه يكون على القاضى أن يثبت من تلقاء نفسه من النص الواجب تطبيقه ثم يطبقه في الدعوى . أما تفسير هذا النص فنظن أن الصواب هو في أخذ الحاكم الأهلية بالوجه المعتمد من تفسيره أمام محاكم الأحوال الشخصية ، على أن يكون قضاؤها في ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض .

٢٦ — **القوانين الأجنبية**^(٢) : وكذلك تشمل كلمة « القانون » ما يتعين تطبيقه من القوانين الأجنبية في القضايا ذات العنصر الأجنبي عملاً بقواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القوانين المصرية أو المتبعة عملاً في مصر . ذلك بأن القاضى ليس عليه أن يقضى بقانونه دائماً بل قد يجب عليه — احتراماً للحقوق المكتسبة — أن يقضى أحياناً بقانون أجنبي ، فيقضى مثلاً في صحة شكل العقود وعدم صحتها بقانون البلد الذى حررت به ، وفي مسائل الأهلية بقانون الجنسية ، وفي الميراث بقانون ملة المتوفى . ويقع ذلك في القضايا المسماة في قفه القانون الدولي الخاص « بالقضايا ذات العنصر الأجنبي » وهى القضايا التى يكون بعض عناصرها غير متصل بالبلد الذى رفعت فيه : كأن يكون النزاع واقعاً أمام الحاكم الأهلية بين مصرى وأجنبى غير متمتع بالامتيازات أو بين أجنبيين غير متمتعين بالامتيازات كذلك ، وكأن يكون النزاع بين مصريين على مال ثابت أو منقول غير موجود بمصر ، أو على عقد تم بينهما خارج مصر أو بسبب حادث وقع خارج

(١) أبو حيف ص ٧٦٨ إلى ص ١١٠٩ .

(٢) راجع في بيان مجموعات القوانين الدينية للطوائف المسيحية واليهودية أبو حيف

ص ١٠٣٨ وما بعدها وكتاب سيزوستريس باشا .

مصر كذلك . وظاهر أنه متى وقع الاختصاص للمحاكم الأهلية بنظر قضية من هذا النوع طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الأهلية ، فإن هذه المحاكم تحدد القانون الواجب تطبيقه على مقتضى قواعد القانون الدولي الخاص المعروفة ثم تفصل في الدعوى بمقتضى ذلك القانون : فإن كان القانون الذى تشير به تلك القاعدة الدولية المناسبة فى المسألة المتنازع عليها بين الخصوم هو القانون المصرى ، فإنه يكون على المحكمة — ولا خلاف فى ذلك — أن تبحث من تلقاء نفسها عن القاعدة القانونية التى يجب الأخذ بها ، وبعد أن تثبت من وجودها وتأكد من معناها الصحيح تحكم فى الدعوى بمقتضاها . وظاهر كذلك أنها إذا أخطأت فى ذلك أو فى بضعه فإن حكمها يكون محلاً للطعن أمام محكمة النقض بشروطه وقيوده المعروفة .

أما إذا لم يكن القانون الواجب تطبيقه هو القانون المصرى بل كان قانوناً أجنبياً ، فإن النظر الفقهي يحتم على المحكمة كذلك أن تتأكد من وجود نص القانون المنطبق على الدعوى ، ثم تمنى بتطبيقه وإزالة حكمه عليها ، وإلا كان حكمها كذلك محلاً للطعن أمام محكمة النقض ، وذلك على اعتبار أن ما يكون قد وقع من الخطأ فى الحكم هو خطأ فى القانون الواجب تطبيقه ولو لم يكن مصرياً أصالة^(١) .

على أن كون القانون الأجنبى يعتبر أو لا يعتبر أنه كقانون المحكمة ، من ناحية أنه إذا وقع الخطأ فى التثبت من نصوصه أو فى تفسيره أو فى تطبيقه يكون الحكم اللبني على هذا الخطأ محلاً للطعن أمام محكمة النقض ، هو من المسائل الخلافية . ففى انكسارنا يفترضون أن القانون الأجنبى مطابق لقانون المحكمة

(١) مارتى ص ١٥٠ و ١٥١ حيث يقول : إن النطق يقضى بأن تراقب محكمة النقض أمر التثبت من وجود نص القانون الأجنبى ومن أمر تطبيقه وتفسيره ، كما تراقب ذلك كله فى شأن القانون الفرنسى . وهو رأى غالبية الفقهاء (أرمنجون ج ١ ص ٢٨٩ وبهامش رقم ١ المراجع العامة) .

و يلزمون مدعى الخلاف إثبات ما يدعيه على اعتبار أنه واقعة من وقائع الدعوى ،
ولذلك فإنهم يتركون مهمة التأكد من وجود القانون الأجنبي ومعرفة نصه الذى
يستند عليه الخصوم للمحلفين . أما تفسير هذا النص وتطبيقه فى الدعوى فمما
معتبران من المسائل القانونية المتروكة للقاضى الذى يحكم فى الدعوى . ويمكن
عندهم فى إثبات القانون الأجنبي تقديم صورة رسمية منه أو شهادة من خير به
أو ممن اشتغل بممارسته قاضيا أو محاميا أمام محاكم بلده ^(١) .

٢٧ — أما فى فرنسا ^(٢) فمحكمة التفوض تعتبر أن التثبت من وجود القانون
الأجنبي وتفسيره كلاما من المسائل الموضوعية الخارجة عن رقابتها ^(٣) ، وأنه ليس
على قاضى الدعوى أن يطبق من تلقاء نفسه القانون الأجنبي ، بل على الخصوم
أنفسهم أن يقدموا ما يظنون أنه ينطبق على قضيتهم من نصوص هذا القانون
وأن يطلبوا منه تطبيقه ^(٤) . ثم تفرق تلك المحكمة بين الطعن المبني على عدم
تطبيق القانون الأجنبي والطعن المبني على مخالفته (la non application de
la loi étrangère et la violation de la loi étrangère .) ثم بين ما إذا
كان تطبيق القانون الأجنبي مآذونا فيه بنص صريح فى القانون الفرنسى وبين
ما إذا كان غير مآذون فيه بنص ، فتقضى بنقض الأحكام التى لا تطبق القانون
الأجنبي فى كل صورة يكون قد ورد فيها نص صريح يوجب تطبيقه كنصوص
المواد ١٧ و ١٩ و ٤٧ و ١٧٠ و ٩٩٩ من القانون المدنى ، وكنص المادتين ٥
و ٧ من قانون تحقيق الجنايات ^(٥) . وتجربى فى تسبيب أحكامها هذه على التقرير

(١) الزبني ص ٢٠٦ ، وأبو هيف ص ٣٢١ والراجع بالمواش .

(٢) وقرأ فى مارتى ص ١٢٠ هامش رقم ١ للراجع العامة والخاصة .

(٣) ع . ف ١٩ مارس سنة ١٩١٨ (س ٩١٨ — ١ — ٨٣) ، وحكم ٣٠ مارس
١٨٧٦ (س ٧٦ — ١ — ٣٥٢) و (٧٨ د — ١ — ٧٨) .

(٤) ع . ف ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ (مجلة القانون الدولى الخاص لكلينت Clunet
سنة ١٩٢٤ ص ١٠٤) .

(٥) رسالة الدكتور روجرى Rogery (من ص ١٠ إلى ص ٢٥) وعنوانها =

بأن في عدم الأخذ في الدعوى بحكم القانون الأجنبي مخالفة صريحة لنص القانون الفرنسي .

ويقول الفقهاء الفرنسيون إنه ليس لمحكمتهم حكم صريح يكشف عن مذهبها في الطعن البنية على عدم تطبيق القانون الأجنبي في صورة ما إذا كانت القاعدة الدولية التي تشير بتطبيقه لم يرد بها نص صريح في القانون الفرنسي كقاعدة « الأخذ بقانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية » وكقاعدة « الأخذ في شكل العقد بقانون البلد الذي حرر العقد به »^(١) ؛ ويقولون مع ذلك إن المأثور عن هذه المحكمة أنها — إن حكمت بقبول الطعن — تسبب حكما إما على اعتبار الخطأ واقعا في تطبيق نص خاص من نصوص القانون الفرنسي كنص المادة ٣٣٩ أو كنص المادة ١١٣٤ من القانون المدني^(٢) ، وإما على اعتبار أن الحكم المطعون فيه قد خالف قاعدة مشهورة من قواعد القانون الدولي الخاص المشهورة الجارية مجرى الأصول كقاعدة « الأخذ في صحة شكل العقد بقانون البلد الذي حرر به »^(٣) .

== Du recours en cassation pour non application ou violation de la loi étrangère (thèse, Paris 1910).

وأرمنجون ج ١ ص ٢٨١قرة ١٤٠ و ع . ف ١٢ فبراير سنة ١٨٧٩ (س ٧٩ — ١ — ٤٢١) .

(١) مارتى ص ١٢٤ وما بعدها .

(٢) و (٣) ن . ف ١٧ يناير سنة ١٨٩٩ (س ٩٩ — ١ — ١٧٧) في قضية باري المشهورة ، وتعليق Pillet عليه و (٩٩ — ١ — ٣٢٩) وتعليق بارتن (Bartin) عليه ؛ ومارتى ص ١٢٤ و ١٢٥ — و . ن . ف ٨ أبريل ١٨٦٥ (س ٦٥ — ١ — ٣١٧) في قاعدة الأخذ في صحة شكل العقد بقانون البلد الذي حرر به ، والأحكام الأخرى التي ذكرها روجرى ص ٣٥ في قاعدة الأخذ بقانون محل المقار أو النقول . و . ن . ف ٥ أبريل ١٨٨٧ (س ٨٩ — ١ — ٣٨٣) و . ن . ف ٨ مارس سنة ١٩٠٩ (س ٩٠٩ — ١ — ٣٠٥) وفي وجوب تطبيق قانون الجنسية في الأحوال الشخصية ٢٣ فبراير سنة ١٨٦٠ (س ٦٠ — ١ — ٢١٠) و ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٥ (س ٩٠٦ — ١ — ٣٠٥) وتعليق Binet عليه . وراجع ن . ف ٢٨ مارس سنة ١٩٠٤ (س ٩٠٨ — ١ — ٢٢١) الذي يشير إلى الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المدني و . ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٦٤ (س ٦٤ — ١ — ٣٨٥) في تطبيق قاعدة « آثار الالتزامات يحكمها قانون البلد الذي عقدت به » ، وراجع الأحكام التي ذكرها روجرى في ص ٣٥ وما بعدها .

ويقول مارتى إن محكمة النقض الفرنسية ، بعد أن سلكت في سبيل الأخذ بالتواعد الدولية التي لم ينص عليها القانون الفرنسى هذه السبل المتتوية ، قد أخذت تشتق من الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون المدنى كثيراً من قواعد القانون الدولى الخاص التي رأت وجوب العمل بها ، كما أخذت تلزم المحاكم الفرنسية بتطبيق القوانين الأجنبية في القضايا ذات المنصر الأجنبى ، وأنه بناء على ذلك يستطيع التقرير بأن محكمة النقض لا تترك لقاضى الموضوع مهمة تحديد أى القانونين يجب تطبيقه في الدعوى ، أهو القانون الفرنسى أم القانون الأجنبى ، وبذلك يمكن القول بوجه عام أنها تخضع لرقابتها أمر وجوب تطبيق القانون الأجنبى وعدم تطبيقه^(١).

أما قضاء محكمة النقض الفرنسية في الطعون المبنية على مخالفة القانون الأجنبى أو الخطأ في تأويله ، إذا كان تطبيق هذا القانون مأذوناً فيه بنص صريح ، فبغير اضطراب غير قليل لم يمنع الفقهاء من أن يقولوا إن الروح السائدة فيه هي تخلى محكمة النقض عن حقها في الرقابة ، إلا أن ينكشف عن هذه المخالفة أو عن ذلك الخطأ مخالفة للقانون الفرنسى نفسه أو خطأ في تأويله ، فتتدخل محكمة النقض عندئذ لتقوم الموج من تطبيق هذا القانون . ويقول مارتى إن هذه المحكمة قد جرت منذ أواخر القرن التاسع عشر على رفض جميع هذه الطعون ، وعلى التصريح في أحكامها بأن قاضى الدعوى هو المختص وحده بالثبوت من وجود القانون الأجنبى الواجب تطبيقه وبالتحديد معناه^(٢) ، ثم يختم الفصل الذى عقده لهذا الموضوع من

(١) مارتى آخر ص ١٢٧ و ١٢٨ و ن . ف ٢٣ مايو ١٨٩٢ (س ٩٢-١-١١٣) وتطبيق بيليه Pilet عليه .

(٢) مارتى ص ١٣٢ حاشى ١ و ن . ف ١٢ فبراير ١٨٩٥ (س ٩٦-١-٤٠١) و ن . ف ٥ مايو ١٩٠٨ (٩١٣-١-٢٦٠) و ن . ف ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ (س ٩١١-١-٣٨٥) وتطبيق Audinet عليه و . ع . ف ٣١ يناير سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٨-١-١٤٣) و . ع . ف ١٩ فبراير ١٩٢٩ (دالوز الأسبوعية سنة ٢٩ ص ١٦١) و . ع . ف ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ (س ٣٠-١-٤٩) وتطبيق الأستاذ نبويه .

رسالته بقوله إن محكمة النقض قد غالت في مذهبها إلى حد التخلي عن رقابة تفسير ما قلته القوانين الأجنبية من نصوص القانون الفرنسي لصيرورتها أجنبية بعد هذا النقل^(١).

وظاهر أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قام على أساس انحصار مصادر القانون في المسنون المكتوب من القانون الفرنسي ، على ما كان معروفا من نظرية هذه المصادر إلى أواخر القرن التاسع عشر ، فلما لم تعتبر هذه المحكمة القوانين الأجنبية من مصادر القانون وقصرت كلمة « القانون » على معنى القانون الفرنسي لم تجز الطعن بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله إلا إذا كان الذي خوفاً أو أخطئ في تطبيقه أو في تأويله هو من نصوص القانون الفرنسي . ولذلك لما لاحظت أن القانون الفرنسي يوجب أحياناً اتباع القانون الأجنبي مدت رقابتها إلى الصور التي تتمتع فيها المحاكم عن تطبيق هذا القانون على اعتبار أن هذا الامتناع يتضمن في الواقع مخالفة للقانون الفرنسي نفسه . فلما طرح علماء الأصول في أواخر القرن التاسع عشر نظرية مصادر القانون على بساط البحث ، وبلغ بهم البحث إلى الاعتراف بغير القانون المسنون المكتوب من المصادر الأخرى^(٢) ، أخذ جمهور الفقهاء في نقد قضاء محكمة النقض مؤملياً أن تمد مراقبتها إلى تطبيق القوانين الأجنبية وتأويلها ، كما مدت رقابتها على تطبيق القانون الفرنسي وتأويله . وكان من هدم أنه ما دامت محكمة النقض قد اعتبرت أن مناط تطبيق القانون الأجنبي هو إذن الشارع الفرنسي الصريح أو الضمني بهذا التطبيق ، فأحر بها أن تراقب تفسير ما تطبقه محكمة الموضوع من نصوص ذلك القانون

(١) مارتى ص ١٣٣ هامش ٦ ون . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ (س ٧٤ — ١٤٥) وع . ف ١٩ أبريل ١٨٨٥ (د ٨٥ — ١ — ٢٢٥) و . ن . ف جنائي ٥ بونة ١٨٩٧ (د ٩٠٤ — ١ — ٤٣٣) وتطبيق Pouillet .

(٢) راجع Geny في مؤلفه (Méthode d'interprétation des sources du droit privé) والراجع الكثيرة التي بينها القاضي مينا في مؤلفه « القانون للدق المختلط » بالهامش رقم ٢ ص ٤٥ و ص ٤٦ و ٤٧ .

كما تراقب الآن عدم تطبيقها في الصور التي يجب تطبيقها فيها ، إذ لا فرق بين عدم تطبيق القانون الأجنبي وبين اللفظ في تفسيره ، فكلاهما لا يعتبر تطبيقاً له^(١) . وإلا فهل يصح في النظر أن يقال للقاضي : عليك بالحكم في هذه الدعوى بقانون ذلك البلد الأجنبي ، فإذا امتنعت عن الأخذ به فيها كان حكمك عرضة للنقض ، ولكنك إذا طبقت أياً كان تطبيقك إياه وتفسيرك له فلا معقب لحكمك ؟ لا بل الذي يصح في النظر هو أن الشارع الفرنسي لا يقصد من إيجاب العمل بالقانون الأجنبي مجرد تطبيق أى قانون يتخيله القاضي بأى تفسير يعطيه له ، وإنما يقصد تطبيق القانون الأجنبي المنطبق حقاً وصدقاً^(٢) ؛ ولا شك أنه متى تعين على القاضي الحكم في الدعوى بمقتضى القانون الأجنبي فإنه يكون من واجبه أن يتثبت من تلقاء نفسه من نص هذا القانون ثم يطبقه التطبيق الصحيح ، كما يجب عليه ذلك عند الفصل في الدعوى بمقتضى القانون الفرنسي .

ومن تقدم أيضاً أنه ما دامت محكمة النقض تسلم بأن مسألة عدم تطبيق القانون الأجنبي عند وجوب تطبيقه هي من المسائل القانونية التي تختص هي برقابة حلها الحل القانوني الصحيح ، فما أحقها باعتبار أمر التثبت من نص القانون الواجب تطبيقه ، وأمر تفسيره ، كلاهما من المسائل القانونية التي يجب أن تمد رقابتها إليها . ذلك لأن القانون الأجنبي ما دامت له قوة القانون في بلده فغير معقول أن يفقد قوته هذه في بلد آخر يأذن شارع بتطبيقه فيه ، وإنما المعقول أنه يصبح بعد الإذن بتطبيقه كأنه قد تجنس بالجنسية الفرنسية فيكون له قوة القانون الفرنسي في فرنسا^(٣) . وأما ما تقوله محكمة النقض في بعض أحكامها من أن

(١) راجع إليه (الدولى الخاص) ص ١٥١ — ١٥٢ ، وقايرى بند ٤٣٩ ص ٦٠٠ و ص ٦٠٢ .

(٢) راجع روجرى ص ٩٠ ، ٩١ .

(٣) Tenand Giraud في مجلة القانون الدولي الخاص (Clunet) سنة ١٨٩٢ ص ٢٥٣ و Bar في Clunet سنة ١٨٩٨ ص ٧ ، ولوران ج ٢ قرة ٤٧٣ ، وأرمنجون قرة ١٤١

وظليقتها تنحصر في توحيد العمل بالقانون الفرنسي وتثبيت أحكامه وأن ليس عليها أن تقوم المعوج من تطبيق القوانين الأجنبية^(١) فقد بين الأستاذ كولان ومارتي وروجرى ما فيه من خطأ^(٢).

وأما ما يقال من أن القاضى الفرنسى قد يجهل نصوص القانون الواجب التطبيق وقد يشق عليه العلم به وأنه لذلك يتعين عليه أن ينتظر ما يقدمه له الخصوم مما يزعمون انطباقه فى الدعوى، فلا يصح أن يترتب عليه القول بأن تثبت القاضى من هذه النصوص وتفسيره إياها على الوجه الصحيح كلاهما يعتبر واقعة من وقائع الدعوى التى يكون لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقديرها بغیر رقابة محكمة النقض^(٣). ذلك لأن مهمة القاضى هى الفصل فى الدعوى بمقتضى القانون ولا يصح أن يكون ما يبذله القاضى من الجهد فى سبيل العلم بالقانون الأجنبى الواجب تطبيقه مما ينزع عن هذا القانون طبيعته القانونية، وقد يكتنف البحث فى القانون الوطنى أحياناً من المشقة والصعوبة ما لا يوزن به مجهود آخر يقتضيه البحث فى القانون

== جزء أول؛ والأستاذ أرمنجون بعد أن قد منذهب محكمة النقض قال إن ما آتى على ذكره من وجوه النقد ليدعو هذه المحكمة من باب أولى إلى رقابة تطبيق قوانين البلاد المضمومة أو التابعة لفرنسا وتفسيرها، ثم قال إنها مع قيامها برقابة الأحكام الصادرة فى الأكراس واللورين منذ سنة ١٩١٨ لا تراقب أحكام البلاد الأخرى التابعة لفرنسا التى لا تزال تعمل بقوانينها الأهلية، وذكر بعض الأحكام التى أصدرتها محكمة النقض برفض الطعون مثل الأحكام التى أصدرتها دائرة الرائض فى ١١ يناير سنة ١٨٨٥ (س ٨٩ — ١ — ١٨٦٩) الحاس بلاد الجزائر و ١١ يناير سنة ١٨٨٥ (س ٨٩ — ١ — ٦٩) الحاس بأنام، و ٢٠ يناير سنة ١٨٩٦ (س ٩٧ — ١ — ٣٣ وتليق Appert) الحاس باتين، و ١٠ يولي سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٦ — ١ — ٤٣٧) الحاس جنونس.

(١) حكمها فى ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ (س ٧٤ — ١ — ١٤٥) و ٢٧ أبريل سنة ١٩١٢ (س ٩١٤ — ١ — ١٧١).

(٢) مقال كولان بجملة القانون الدولى الحاس سنة ١٨٩٠ (س ٧٩٧ وما بعدها)، ومارتى ص ١٥٠، وروجرى ص ١٢٤ لاية ١٤٥؛ واقرأ فى تأييد محكمة النقض ليون كان فى تعليقه على ن. ف ٢٨ يونيه ١١٨١ (س ٨١ — ١ — ٤٥٩) وتليق Appert فى سيريه ٩٠٠ — ١ — ٢٨١.

(٣) هكذا تقول محكمة النقض فى حكمها ٣٠ مارس سنة ١٨٧٦ (س ٧٦ — ١ — ٣٥٢) و ١٩ مارس سنة ١٩١٨ (س ٩١٨ — ١ — ٨٣) ومارتى ص ١٤٧ هامش ١.

الأجنبي ، ومع ذلك لم يفكر أحد في الادعاء بأن هذه الشقة تجعل التثبيت من ذلك القانون أو التمكن في تفسيره على الوجه الصحيح واقعة من وقائع الدعوى ^(١) . وإذن فالواجب على القاضي أن يبحث من تلقاء نفسه عن نص ذلك القانون الأجنبي بما لديه من الوسائل ، فإن لم يستطع فيمكنه دائماً أن يرجع إلى حكومته ويطلب منها إمداده بالمعلومات عن ذلك القانون ولو بنسخة منه مترجمة إلى لغته ، ويمكن للحكومة أن تطلب بالطرق السياسية من الحكومة صاحبة القانون نسخة منه أو من كتاب خاص بشرحه أو رأى محكمة من محاكمه في إحدى نقطه ، ويمكن للقاضي فوق ذلك أن يستعين بالإجابة القضائية في هذا الموضوع ^(٢) .

على أن جمعية التشريع المقارن ومؤتمر القانون الدولي بما تنشراته من النشرات الدورية المختلفة قد يسرا على الكافة اقتناء مجموعات قوانين البلاد المتمدينة والعلم بما يصدر من قوانين في كل دولة منها عقب صدورها ، وكان من نتائج هذا التيسير أن قرر مجمع القانون الدولي في دور انعقاده سنة ١٨٩١ بهامبورج أن مسألة إثبات نصوص قوانين البلاد المتمدينة لا يمكن اعتبارها أنها من وقائع الدعوى ، ولذلك دعا الدول الى الاتفاق فيما بينها على بعض القواعد التي قررها لاثبات نصوص القوانين بصفة رسمية ^(٣) .

ولعلنا الآن قريبون من عهد اتفاق الدول على تقرير بعض قواعد القانون الدولي الخاص ، وعلى الأخص على وجوب اعتبار القوانين الأجنبية عند تطبيقها خارج بلادها كأنها من القوانين المحلية الوطنية ، كما اتفقت على ذلك من قبل

(١) مارتى ص ١٦٣ و ١٦٤ ، وأرمينجون ج ١ فقرة ١٤١

(٢) الزين موجزه في القانون الدولي الخامس ص ٢٠٩

(٣) L'institut déclare que : 1° dans l'état de la science du droit et des rapports internationaux, et en présence du plus grand nombre de lois élaborées dans les pays civilisés, la preuve des lois étrangères ne peut être une question de fait abandonnée à l'initiative des parties. 2° L'institut émet le vœu que par des accords internationaux les États s'obligent à l'application des règles suivantes : etc.

راجع روجرى ص ١١٨ و ١١٩ فإن فيه نص هذه القواعد .

دول أمريكا الجنوبية في مؤتمر Montevideo سنة ١٨٨٨ وسنة ١٨٨٩^(١).

٢٨ — وما يكون لنا بعد هذا ، وفي بلد كمصر جرى قضاؤه^(٢) على القول بعدم اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة من وقائع الدعوى ، وجرت محاكمه^(٣) على تطبيق هذا القانون حتى في شتى الأحوال التي لم ينص الشارع فيها صراحة على وجوب تطبيقه ، ما يكون لنا بعد هذا إلا أن نعتبر كلمة « القانون » شاملة للقوانين الأجنبية فيما تعين العمل بها فيه ، وأن تقبل الطعون في الأحكام المخالفة لهذه القوانين والمخالطة في تطبيقها أو في تأويلها .

ويؤنسنا في هذا الرأي أن محاكم النقض الإيطالية قد بدأت تقلع عن اعتبار وجود القانون الأجنبي ونصه مجرد واقعة من وقائع الدعوى ، وأخذت تتمشى في أحكامها مع ما قلناه من أن القاضي يمكنه بل يجب عليه أن يبحث بنفسه عن نص القانون الأجنبي الواجب تطبيقه وعن مضمونه فقد قضت محكمة تقض تورينو^(٤)

(١) وقد جاء في بروتوكول هذا المؤتمر ما نصه :

Les lois des Etats contractants seront appliquées aux personnes intéressées, sans qu'il y ait à distinguer si elles sont nationales ou étrangères; que leur application soit faite d'office par le juge du procès; que tous les recours accordés par la loi de procédure du lieu du jugement pour les cas résolus selon la législation propre de ce lieu, seront également admis pour les cas qui doivent être décidés d'après les lois de n'importe lequel des autres Etats (Rogery p. 144).

(٢) الزيني ص ٢١١ و ٢١٢ من موجزه ، وأبو هيف ص ٣٢٤ ، ومسينا ج ١ ص ٢٩٨ وما بعدها وعلى الأخص ص ٣١٦ ، وأرمينجون ج ١

(٣) راجع الأحكام الكثيرة في شتى المسائل التي يطبق فيها القانون الأجنبي (بسطاوروس) في تعليقاته على القانون المدني المختلط (المادة ١٤ و ١٣) والزيني وأبو هيف في فصول كتابيهما في القانون الدولي الخاص . من ذلك ص م ٢٧/١/١٨٩٨ مج ت م م ١٠ ص ١١٧ التي أخذت بالقاعدة السولية : Lex fori في مسائل الإجراءات ، وحكم ص م ١٥/١/١٩٢١ المجازيت ١٢ بند ٦١ ص ٤١ التي أخذت في مسائل شكل الصفقات بقاعدة Locus regit actum ، والحكم الصادر في قضية سالحة هانم المجازيت ٢ بند ٣٤٨ في الأخذ بماهدة لاهاي الخاصة بالزواج (راجع الزيني ص ٢١٢ و ٢١٣ وما بهوامشها) .

(٤) حكم تقض تورينو في ٢٤ مايو سنة ١٩١٠ في Clunet سنة ١٩١١ ص ٦٧٢ .

بأنه إذا كان القانون الأجنبي معروفا للقاضي فلا ضرورة للإلزام الخصوم باثبات وجوده ونصه (وكان القانون الذي يراد تطبيقه في هذه القضية هو أحد نصوص قانون المرافعات الفرنسي) . وكذلك قضت محكمة روما حكماً جاء فيه : إن القانون التركي الواجب تطبيقه هو القرآن المكتوب بلغة تركية خاصة لم يفهمها المتقاضون أنفسهم مع كونهم من المتعلمين ، ولم تستطع المحكمة الاهتداء إليه ولا ضمه ؛ فقالت محكمة النقض إنه كان على محكمة الاستئناف أن تثبت من تلقاء نفسها من نص القانون التركي الواجب تطبيقه ومن معناه ^(١) . وهذا الرأي هو الذي يؤيده أغلبية الفقهاء ^(٢) .

٢٩ - بقي سؤال هل يجب على القاضي أن يفسر القانون الأجنبي كما يفسره أهله في بلده ؟

قد يرى بادي الرأي وجوب الأخذ بما يفسره به القانون في بلده ، لأن قضائه هم أقدر من غيرهم على الوقوع منه على تفسير صائب . وقد يميل التأمّل إلى ترك الأمر إلى اجتهاد القاضي ، فإن اطمان إلى تفسيرهم فنعم ما يأخذ به عنهم ، وإن اجتهد ووفق إلى ما هو أدنى إلى مراد الشارع وأقرب إلى تحقيق العدل ، أمضى الحكم على ما رأى ، والأمر بعد ذلك لمحكمة النقض . ويرى الأستاذ أرمنجون أنه إذا كانت القاعدة السولية التي أشارت بتطبيق

(١) حكم قض روما في ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ في Clunet سنة ١٩١١ ص ٣٣٧ وما بعدها . وقد صدر هذا الحكم في قضية موضوعها : رجل إيطالي متزوج قدم مصر وتزوج من امرأة عثمانية كاثوليكية منجبا في شكل عقد الزواج ما يتبعه الملحق من توثيق عقود أمام المأذنين ، فاتهم باقترافه جرعة الزوج بأكثر من زوجة واحدة ، وحكمت محكمة اسكندرية الفصلية بسجنه ثلاثة عشر شهراً ، وقضت محكمة استئناف (انكونا) ببراءته .

(٢) راجع كذلك حكم محكمة قض لوك Lucques في ٥ يونيو سنة ١٩٠٩ في Clunet سنة ١٩١٠ ص ١٣٣٣ ، وأرمنجون ج ١ ص ٢٨٣ و ٢٨٤ بهامش ٢ .

راجع داراس Daras : De la connaissance, de l'application et de la preuve (Journal de Droit Int. Privé, 1901, p. 447-448) وفيه أساء المؤلفين الكثيرين المؤيدين لهذا الرأي المين بالمتى .

ذلك القانون الأجنبي هي كون « قانون محل تحرير العقد هو الذي يحكم شكله » .
أو كون « القانون الذي احتكم إليه الماقدان هو الذي يحكم آثاره وتنفيذه » ، فإن
الأقرب إلى الحق والعدل هو الأخذ بما لهذا القانون من تفسير معتمد في بلده لأنه
هو الذي قد لوحظ عند تحرير العقد في الصورة الأولى ، أو عند الاتفاق على تحكيم
القانون في الصورة الثانية . وكذلك يقول الأستاذ إنه يأخذ بهذا النظر في
العلاقات القانونية الناشئة عن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح ، لأن من
حق صاحبها أن يقول إنه باشرها أو اقترعها أو تسبب بها تحت سلطان ذلك
القانون الأجنبي على الوجه المفسر به في بلده ^(١) .

الفصل الثالث

ما هو الخطأ في فهم الواقع ، وما هو الخطأ في فهم حكم القانون
في هذا الواقع ، ونظرية التمييز بينهما ؟

كلمة في فهم الواقع وفهم حكم القانون على الجملة

٣٠ — ليس لنا نص كنص المادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠
يعترف لحاكم الاستئناف بسلطة القضاء النهائي الذي لا معقب عليه في موضوع
الدعوى ^(٢) ، وليس لنا كذلك نص كنص المادة ٦٦ من دستور ٢٢ فبراير
سنة ١٨٠٨ ^(٣) ، أو كنص المادة الثالثة من الأمر العالي الصادر في ٢٧ نوفمبر

(١) أرمنجون ج ١ قرة ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥

(٢) « La justice est rendue souverainement par les cours d'appel.... »

(٣) « Le Tribunal de Cassation ne connaît point du fond des affaires, mais il casse les jugements rendus.... »

سنة ١٧٩٠^(١) ، لا يقرر لمحكمة النقض إلا سلطة نقض الأحكام المخالفة للقانون ويحرم عليها نظر موضوعات الدعاوى^(٢) ، ولكن شارعنا مع ذلك قد أشار إلى سلطة محاكم الاستئناف وسلطة محكمة النقض ، إذ لم يحز الطعن في الأحكام النهائية إلا بمخالفة القانون ، وإذا أوجب على محكمة النقض متى قضت الحكم المظنون فيه (لغير مخالفة قواعد الاختصاص) أن تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها هذه المحكمة من جديد (المادة ٢٩) .

٣١ - ولما كانت الدعوى تتألف في واقع الأمر من جميع ما يثيره الخصوم بينهم من نزاع في مسائلها الواقعية والقانونية كافة ، كان على القاضي الذي يفصل فيها أن يتأكد من صدق وقائعه ، ثم يطبق على ما ثبت صدقه منها لديه ما ناسبه من القواعد القانونية ، ثم يوقع الحكم على موجب ما طبقه من تلك القواعد . وإذا كان التمييز بين المسائل الواقعية والمسائل القانونية يكاد يكون عديم الفائدة أمام المحكمة الاستئنافية ، ما دام الاستئناف ينقل لهذه المحكمة القضية المستأنفة وما دام يكون لهذه المحكمة مثل سلطة المحكمة الابتدائية في تحرى صدق الوقائع المدعاة وإزالة حكم القانون الواجب تطبيقه عليها ، فإن التمييز بينهما

(١) « Sous aucun prétexte et en aucun cas le Tribunal ne pourra connaître le fond des affaires »

(٢) لفظ « موضوع الدعوى le fond de l'affaire » المحرم على محكمة النقض نظره والفصل فيه ليس له في مصر هذا المعنى العام الذي يحملونه له في فرنسا . فمحكمة النقض الفرنسية ليس لها حق توقيع العقاب على المجرم بل عليها إذا رأته خطأ في توقيع العقاب أن تحيل التهم إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التي حكمت في التهمة أول مرة لتتضي فيها من جديد ، أما في مصر فمحكمة النقض الجنائية لها أن تصحح نفسها ما تقع عليه من خطأ في تطبيق القانون ، بل عندنا حالة تختص فيها محكمة النقض الجنائية بنظر الموضوع كما تنظره محكمة الموضوع تماماً وهي الحالة النصوص عليها في المادة ٢٣٢ من قانون تحقيق الجنايات . وكذلك الأمر في المواد المدنية فإن محكمة النقض الفرنسية تحيل الدعوى دائماً إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التي أصدرت الحكم النقوض ، أما محكمة النقض المصرية فاتها لا تحيل الدعوى إلى محكمة الاحالة دائماً ، بل إنها قد تحسم مادتها بالحكم التي تفصل فيه في المسألة القانونية التي بنى عليها الطعن ، وقد تفصل فيما بقى من مسائل الطعن بغير إعادة (على ما سيأتى شرحه في فقرة ٣٧١ - ٣٧٦) .

له أهمية عظمى أمام محكمة النقض . ذلك بأن هذه المحكمة — إذ كانت لا تختص
 إلا بالرقابة على ما يكون قد أخطأ فيه قاضى الدعوى فى حكم القانون — تكون مضطرة
 إلى تحديد ما ينبغى اعتباره من المسائل القانونية الخاصة لرقابتها وما ينبغى اعتباره
 من المسائل الواقعية الخارجة عن هذه الرقابة ، ثم إلى معرفة نوع ما وقع من الخطأ
 فى القانون ، وفى أى جزء من الحكم قد وقع هذا الخطأ : هل وقع فى الأسباب
 الزائدة على الحاجة فيفتقر ويعنى عنه أم وقع فى الصميم من الحكم مما لا مناص
 معه من نقض الحكم ، ومن هذا تولدت نظرية الخطأ المسبب لنقض الحكم والخطأ
 فى الأسباب الزائدة (*La théorie de l'erreur causalis et la théorie du motif suradondant*) ؛ ثم إلى معرفة مبلغ أثر هذا الخطأ فى مصالحة رافع
 الطعن ، ومن هذا تولدت نظرية عدم مصلحة الطاعن فى الطعن (*La théorie du défaut d'intérêt*) ؛ ثم إلى معرفة ما إذا كان وجه الطعن فى الحكم مما سبق
 عرضه على المحكمة التى أصدرت الحكم المظنون فيه أو كان من الأسباب القانونية
 الصرف ، ومن هذا تولدت نظرية الأسباب الجديدة (*La théorie des moyens nouveaux*) ؛ ثم إلى معرفة ما إذا كان لمحكمة النقض أن تستند فى
 القضاء بنقض الحكم المظنون فيه إلى أسباب قانونية متعلقة بالنظام العام ، ومن
 هذا تولدت نظرية الأسباب المتعلقة بالنظام العام (*La théorie des moyens d'ordre public*) . وبالجملة فنظرية التمييز بين المسائل الواقعية والمسائل القانونية
 متمشبة الأصول فى جميع ما يتعلق بالطعن بالنقض فى الأحكام ، وستراها فى كل
 باب من أبوابه على ما سيأتى تفصيله .

٣٢ — وقد اصطلاح قهاء القانون على تسمية المسائل الواقعية التى لا معقب
 على رأى قاضى الدعوى فيها « بواقع الدعوى » و « بموضوع الدعوى » ، كما
 اصطلاحوا على نعت وجه الطعن المتعلق بها بأنه « موضوعى » أو « واقعى »
 أو بأنه لا يدخل فى رقابة محكمة النقض أو يدخل فى سلطة قاضى الموضوع . ولا يفوتنا

أن نذكر هنا أن الفقه الإسلامى لم يفته التفريق بين اجتهاد القاضى فى فهم وقائع الدعوى واجتهاده فى معرفة حكم القانون الواجب تطبيقه ، فقد قال الامام ابن القيم فى إعلام الموقعين : « ولا يتمكن الفتى ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم : أحدهما فهم الواقع واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً ، والنوع الثانى فهم الواجب فى الواقع وهو فهم حكم الله فى كتابه أو على لسان رسوله فى هذا الواقع ، ثم يطبق أحدهما على الآخر »^(١) وقال فى موضع آخر^(٢) : إن المطلوب من كل من يحكم بين اثنين أن يعلم ما يقع ثم يحكم فيه بما يجب ؛ فالأول مداره على الصدق والثانى مداره على العدل « وتمت كلمة ربك صدقاً وعدلاً لا مبدل لكلماته وهو السميع العليم » . ومن هنا اقتبسنا « فهم الواقع فى الدعوى وفهم حكم القانون فى هذا الواقع » ، وجرت عليه محكمة النقض فى كثير من أحكامها .

٣٣ — وإذا كان من السهل فى كثير من الأحيان التمييز بين المسائل التى تعتبر من فهم الواقع وبين المسائل المعتبرة من فهم القانون ، فمن الصعب وضع القواعد العامة لتحديد ما ينبغى أن يمتد أو لا يمتد إليه نشاط محكمة النقض للتحقق من وقوع مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، أى تحديد ما ينبغى لمحكمة النقض أن تأخذ قضية مسلمة عن الحكم المطعون فيه وما يجب أن تتحقق هى بنفسها من صحته وعدم صحته .

٣٤ — وللفقهاء فى معالجة هذا التحديد طريقتان : الأولى تنحصر فى إيراد المراحل التى يقطعها القاضى فى سبيل الحكم فى الدعوى ، ثم النظر فى هذه المراحل مرحلة مرحلة ، والتقرير فيها واحدة واحدة بأنها خاضعة أو غير خاضعة لرقابة محكمة النقض . فيقولون إن نشاط القاضى فى كل دعوى يتدرج من فحص وقائعها وتقرير

(١) ج ١ ص ٧٣ أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية .

(٢) ج ١ ص ٨٩ أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية .

الصحيح الثابت منها (vérifier l'existence des faits allégués) إلى التدقيق فيما يجب إعطاؤه لما ثبت منها من الأوصاف والكيف القانونية (rechercher la qualification légale des faits reconnus exacts) ثم إلى إيقاع الحكم على مقتضى هذا التكييف القانوني (dédire enfin de cette qualification les conséquences que la loi y attache et d'où résulte la solution du procès). ثم يطيلون النظر في كل مرحلة من هذه المراحل ويقررون في كل مرحلة منها إن كان عمل القاضي فيها عملاً قانونياً صرفاً يصح إخضاعه لرقابة محكمة النقض أم هو مجرد تجري الصدق في الوقائع المدعاة يعمل فيه القاضي بذكائه ومنطقه وذوقه دون خضوع لهذه الرقابة^(١).

وأما الطريقة الثانية فيقال فيها: إن كل حكم صدر في دعوى — أوفى مسألة من دعوى — هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس، تكون كبراه القاعدة القانونية التي يصح تطبيقها على مادة هذه الدعوى أو مادة تلك المسألة، وتؤلف صفراء مما ثبت من وقائع هذه المادة بجميع عناصرها وشرائط انطباق تلك القاعدة القانونية عليها. ففي دعوى التضمن التي يحكم فيها طبقاً للمادة ١٥١ من القانون المدني مثلاً تكون كبرى القياس القاعدة القانونية التي نصها «كل من تسبب في إضرار غيره فضليه الضمان»، وتؤلف صفراء من نسبة الحادث الضار إلى التسبب فيه بالخطأ. ثم ينظر فيما عسى أن يكون قد أفسد الحكم فيرد إلى موقعه من القياس: فإذا كان الفساد واقعاً في الكبرى (وهي تكون فاسدة كلما كانت القاعدة القانونية التي صيغت هي منها غير صحيحة في مادتها أوفى معناها) فالحكم يكون مبنيًا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أوفى تأويله. أما إذا كان

(١) وهي طريقة بونيه (Bonnier) في وجيزه في النظام القضائي والرافعات ج ١ ص ٢١٤ (1848.) *Éléments d'organisation judiciaire et de procédure Civile*.

وشينون (Origines, Conditions et Effets de Cassation, 1882) ص ٦٣

وفى قرة ١٥٢ ص ١٦٨، وجليوت قرة ١١٢٣.

الفساد واقماً في الصغرى فإنما يكون ذلك من إحدى ناحيتين : إما من ناحية عدم التثبت من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، وإما من ناحية الخطأ في تكييف هذه الوقائع وإعطائها الوصف القانوني الصحيح ، فإن كان فسادها من قبل عدم التثبت من الوقائع فلا يعرض الأمر فيه على محكمة النقض ، وإن كان من قبل الخطأ في التكييف فهو خطأ في تطبيق القانون . وأما إن كان الفساد واقماً في نتيجة القياس فيكون الخطأ في منطلق الحكم لعدم أخذه بالنتيجة الضرورية لمقدمتين صحيحتين^(١) . ومثل هذا الخطأ لا يبدو أن يكون خطأ في القانون ، لأنه يدل على أن القاضي إما أن يكون قد ترك ما حصل فهمه من واقع الدعوى مكيفاً على موجب ما رأى تطبيقه من قواعد القانون ، ثم حصل له فهم آخر وكيفه تكييفاً آخر كذلك ، وطوى ذلك في ضميره ولم يشر إليه بشيء في الحكم ، ثم يكون قد قطع الحكم على مقتضى هذا الفهم الثاني ، فيكون عيب الحكم هو في الواقع خلوه من الأسباب التي بني عليها . وإما أن يكون قد وضع هذا الفهم الثاني المدلول به عن الفهم الأول ، فينظر فيه وفي تكييفه لمعرفة مواقع الخطأ كما أسلفناه . ومن أمثلته ما إذا قررت المحكمة في أسباب حكمها أن المدعى لا يملك من الأطنان التي ادعى على خصومه اغتصابهم لها سوى قدر كذا ، ومع ذلك قضت برفض دعواه برمتها^(٢) .

(١) وهذه هي طريقة الألمان والإيطاليين وقليل من الفرنسيين (مارتي فقرة ٢ وبلاسار ص ٢٩ و ٣٠) وهي طريقة الشاطي في الموافقات قصد قال : كل دليل شرعي مبني على مقدمتين ، إحداهما راجعة إلى تحقيق مناط الحكم ، والأخرى ترجع إلى نفس الحكم الشرعي ؛ فالأولى نظرية ، وأعني بالنظرية هنا ما سوى التقلية سواء علينا أنها أثبتت بالضرورة أم بالفكر والتدبر ، ولا أعني بالنظرية مقابل الضرورية ؛ والثانية تقلية ... إلى أن قال : فالحاصل أن الشارع حكم على أفعال المكلفين مطلقة ومقيدة ، وذلك مقتضى إحدى المقدمتين وهي التقلية ، ولا ينزل الحكم إلا على ما تحقق أنه مناط في ذلك الحكم على الإطلاق أو على التقييد وهو مقتضى المقدمة النظرية ، والمسألة ظاهرة في الصرعات نعم وفي القويات والقلبيات (ج ٣ ص ٢٣ و ٢٤) .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ، وقد قالت فيه إن أصول القانون توجب على القاضي أن يقضى لصاحب الحق به بعد أن يكون تين هذا الحق وأخذ به =

٣٥ — وأية كانت الطريقة في التمييز بين فهم الواقع في الدعوى وفهم حكم القانون في هذا الواقع فإن هذين الفهمين لا يختلط أحدهما بالآخر في إيقاع حكم القانون على حاصل التكيف (عند أصحاب الطريقة الأولى) أو في وضع كبرى القياس واستنباط نتيجته (عند أصحاب الطريقة الثانية)، لأن اجتهاد القاضى يكون عندئذ في تحصيل القاعدة القانونية المناسبة أو في تفسيرها، ثم في إنزال حكمها على الواقع في الدعوى، ولا شبهة في أن اجتهاد القاضى في ذلك — أى في تأويل القانون وتطبيقه — يكون قانونياً صرفاً. وإنما قد يختلط الفهمان ويصعب التمييز بينهما في مرحلة فحص وقائع الدعوى وتكييفها بحكم القانون (عند أصحاب الطريقة الأولى) أو عند وضع صغرى القياس (عند أصحاب الطريقة الثانية)، ولذلك نعد الفروع الآتية لمعالجة التمييز بين الفهمين.

الفرع الأول

في نشاط قاضى الدعوى في فهم الواقع، ومتى يكون خطؤه فيه واقعياً، ومتى يكون قانونياً؟

(١) — فهم الواقع عمل منطقي لا رافق لحكمه التقصي

٣٦ — فهم الواقع في الدعوى — على ما يقوله «ابن القيم الجوزية» — هو استنباط القاضى حقيقة ما وقع بالأدلة والأمارات والعلامات وإحاطة علمه بها، وهو على ما يقوله علماء القانون: التحقق من الوجود المادى لوقائع الدعوى المدعاة

== فعلا في الأسباب بكيفية واضحة لا يحتمل معها إمكان الظن بقيام أية علة لديه تكون هي التي صرفته في منطوق حكمه عن الأخذ بما قرره وأخذ به في الأسباب. فإذا قررت المحكمة في أسباب حكمها أن المدعى لا يملك من الأبطال التي ادعى على خصومه اغتصابهم لها سوى قدر كذا، ومع ذلك قضت برفض دعواه كلها، يكون حكمها مخالفاً للقانون متعين التمسك (مطبق القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١١ ص ٢٥ والمحاماة س ١٥ قسم ١ عدد ٨٤ ص ١٧٥)

(١) (La vérification de l'existence matérielle des faits allégués)

وبذلك هذا التعريف على أنه لا دخل للقانون في تحصيل هذا الفهم في ذاته ، وعلى أنه يقع للقاضي نتيجة لأقيسة منطقية ليس في بناء مقدماتها قاعدة قانونية يمكن تصور وقوع الخطأ فيها . ولهذا صح القول بأن سلطة قاضي الموضوع في تحصيل هذا الفهم تامة ، وأن رأيه فيه قطعي لا يحتمل الطعن عليه بالخطأ أمام محكمة النقض .

٣٧ — والمقصود بهذا القول (أولاً) أن محكمة النقض لا تستطيع — لا من تلقاء نفسها ولا بناء على طلب الخصوم — القيام بالبحث عن أدلة جديدة قد تكون الدعوى ، في الواقع ، في أشد الحاجة إليها ^(٢) . وعليها ألا تستجيب إلى أى طلب يطلب به مباشرة أى إجراء من إجراءات التحقيق كسماع بينة أو معاينة أو انتقال أو ضم أوراق ، بل عليها أن ترفض الاطلاع على ما لم يكن قد قدمه الخصوم من الأوراق لقاضي الدعوى ^(٣) .

(ثانياً) أنه ليس لمحكمة النقض أن تستأنف النظر بالموازنة والترجيح والتعديل فيما يكون قد قدمه الخصوم للقاضي من الدلائل والبيانات وقرائن الأحوال ، إثباتاً لوقائع الدعوى أو نفيها ^(٤) . وأصل ذلك أن قاضي الدعوى حر في تقدير الدليل

(١) مارتق فقرة ١٠٤ ص ١٧٨ .

(٢) ولقد ذكر مارتق عند تقريره هذه القاعدة أن محكمة النقض الفرنسية (الدائرة الجنائية) قد أصدرت في قديم عهدها وفي ظروف خاصة أحكاماً بضم أوراق أو خرائط وإجراء الكشف الطبي ، ولكنها عادة صرحت بأنها لا تستطيع القيام بأى إجراء في الدعوى (مارتق ص ١٧٩ وهامش نمرة ٢ و ٣ و ٤) .

(٣) وسترى في الفصل الذي عقدناه للكلام على تحصيل فهم الواقع من أوراق المرافعات أن محكمة النقض تكون أحياناً مضطرة إلى الاصراف عن الحكم للطعون فيه ثم إلى الرجوع إلى أوراق الإجراءات والمرافعات ومختلف المستندات الكتابية ، لتأكد بنفسها من قيام هذه الوقائع الإجرائية أو المكتوبة المتنازع عليها أو عدم قيامها ، ثم لنحكم بعد ذلك بقبول الطعن أو رفضه (راجع فقرة ٤٦ و ٤٧ من هذا الكتاب) .

(٤) القاضي المدني ، مع حريته في تقدير الأدلة ، يكاد يكون موقفه إزاء الخصومة سلبياً ، لأنه يتجمل الخصومة على نحو ما تقدم له ، فليس له أن يلزم الخصوم بتقديم ما انفقوا على عدم =

المقدم له يأخذه إذا اقتنع به وبطرحه إذا تطرق فيه الشك إلى وجدانه^(١) . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة ، هي أن يثبت القاضي مصدراً للواقعة التي يستخلصها يكون وهماً لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكنه يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو^(٢) .

== تقديم من الأوراق ولا أن يأمر بإعلان من اتفقوا على عدم سماع أقوالهم من الشهود . ولا يجوز له أن يزيد أو ينقص شيئاً من وقائع الدعوى ولا أن يطرح من أدلتها ما قدمه من أدلة أو شهود أو قرائن اتفقوا على تقديمها وانحصر اختلافهم في تأويلها كل لمصلحته (تيسيه ج ٢ فقرة ٦٥٨ من ٦٥٦ ودالوز براتيك فقرة ١٠٠٢ تحت كلمة preuve من ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ من رسالة Sescioréano التي أسماها Des Conventions Relatives à la Preuve ومارتن من ١٨٠ و ١٨١ وهوامصها) .

(١) ومن ذلك ما قرره مارتى (س ١٨٣ هامش نمرة ٣) من أن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تفسير تحريرات المصنوع المقدمة له وتقدير ما إذا كان يمكن اعتبارها متضمنة اعترافاً ببعض وقائع الدعوى أم لا ، حتى إذا أمكن اعتبارها كذلك قدر بسلطته هذه هل يجب اعتبارها ثابتة في الدعوى أم غير ثابتة — انظر . ف ٣١ يناير سنة ١٨٧٦ (د ١١٢ — ١٧٦) ون . ف ٣ يولي ١٨٨٩ (س ٨٩ — ١ — ٣٧٩) ون . ف ١٩ يناير ١٩١٥ (س ٩٢١ — ١ — ٥٠) . وع . ف ٢٥ مارس ١٩٢٤ (دالوز الأسبوعية س ١٩٢٤ من ٣٥١) ون . م . م . في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ (الحاماة سنة ١٣ من ٤٧ رقم ١٦) . وراجع في تفسير الدلائل الكتابية بصرط عدم مسخها ٢٤ يناير سنة ١٨٩٣ (د ٩٣ — ١ — ٢٨١) وفي تأويل التحقيقات واستخلاص النتيجة منها ١٣ ديسمبر سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ٤١٧) و فقرة ٣٠٨٧ من تعليقات دالوز على قانون المرافعات جزء ٣ ص ٢١٤ وحكم ن . م . م . في ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٢ الذي جاء به : إنه وإن كان قاضي الموضوع حراً في تقدير الوقائع إلا أن لحكمة التقاضي أن تتدخل في صورة ما إذا كانت النتيجة التي تستخلص من تلك الوقائع لا تتفق مع موجب هذه الوقائع قانوناً (الحاماة سنة ١٣ ق ١ عدد ١٢٣ من ٢٧٧ . والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٥٧ ص ٤٣) .

(٢) ن . م . م . أول مارس ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٣٤ من ٨١ والحاماة سنة ١٤ ق ١ عدد ١٥٢ من ٣٦٥) وقاعدته : لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً وفي موازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما نظمته نفسه إلى ترجيحه منها وفي استخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى ، لأن خطأه يكون في فهم الواقع في الدعوى لا في فهم حكم القانون في هذا الواقع . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هي أن يثبت القاضي مصدراً للواقعة التي يستخلصها يكون وهماً لا وجود له أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته أو غير مناقض ولكنه يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو .

(٢) عدم اتباع قواعد الإثبات وطرق التحقيق هو خطأ في القانون

٣٨ — وإذا كان قاضي الدعوى حراً في تقدير الأدلة المقدمة وفي تحصيل فهم الواقع في الدعوى منها ، فإنه ليس حراً في عدم اتباع القانون فيما جاء به من قواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة في القانون المدني وقانون المرافعات ، بل ينبغي له أن يتقيد بها وأن يأخذها عن القانون أخذاً صحيحاً ، فإن خالفها أو أخطأ في تطبيقها أو في تأويلها فسد رأيه في فهم الواقع في الدعوى . ومتى فسد رأيه في هذا الفهم فسد رأيه في تكييفه وسرى الفساد إلى حكمه في الدعوى بالضرورة .

٣٩ — لهذا كان من المهم أن تثبت في هذا المقام على سبيل التذكير ما اشتهر من الأصول والقواعد للرجوع إليها لتمييز ما يتعلق من مسائل الدعوى بمحض تقدير الأدلة وما يتعلق بتطبيق قواعد الإثبات وإجراءات التحقيق :

٤٠ — (١) ليس لقاضي الدعوى رأى حر في كون الواقعة هي مما يحرم القانون إثباته^(١) أو كونها مما يعتبر القانون^(٢) أنه في حكم الثابت الذي لا فائدة من إثباته^(٣).

(١) تعتبر المصلحة الإسلامية النكاح الصحيح وقيام الزوجة قرينة قاطعة على كون الولد من الزوج وتثبت نسبه إليه وتسمح للزوج بنفي نسب الولد باللعان . ولذلك فهي تمنع ولد الزنا من إثبات نسبه من أبيه بإثبات الماشرة بين الأبوين مدة الحمل وحين الوضع . وتمنع كذلك من إثبات ترك الوارث ميراثه لأن الوارث يرث ملك مورثه جبراً . وتمنع القانون من إثبات ما قذف به ما لم يكن المخادف حسن النية والمخدوف موصفاً عمومياً والقذف عن أعمال تتعلق بالوظيفة . وتمنع إثبات بيع الحقوق في تركه إنسان قبل الوفاة (المادة ٢٥٧ مدني) وشراء القضاة وغيرهم ممن يتهم المادة المذكورة حقاً متنازعا فيه أمام المحاكم التي هم موظفون بها .

(٢) والمراد بالقانون في هذه الجملة والتي قبلها القانون المتعين تطبيقه ، القانون الذي يحكم نظام الأموال المشتركة بين الزوجين هو الذي يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان هو يفترض أو لا يفترض قيام الشركة بينهما على أساس قرينة قانونية منصوص عليها فيه . وقانون الزواج هو الذي يعتبر أن الزواج الصحيح وقيام الزوجية ما قرينتان على ثبوت النسب . وقانون موضع المتقول هو الذي يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان وضع اليد عليه يعتبر أو لا يعتبر قرينة قانونية على الملكية (بعض القوانين كالقانون الإيطالي ينس على سقوط حق مالك المتقول المسروق أو المفقود في استرداده بعد مضي سنتين والقانون المصري ينس على أن هذه المدة ثلاث سنوات) . والقانون الذي يحكم آثار الالتزامات هو الذي يقرر القرائن القانونية التي يؤخذ بها في إثبات الديون أو البراءة منها (أوبري ورو ج ١٢ ص ٧٢ وهامش رقم ٤ مكرر) .

(٣) وتعتبر الواقعة في حكم الثابتة قانوناً : — ١ — متى وقع الإقرار بها أمام القضاء ==

٤١ - (ب) ليس لقاضى الدعوى رأى حر فى تعيين من يكون عليه الإثبات ومن يكون له النفى ، ولا فى تكليف أيهما شاء بالإثبات أو النفى ، ولا فى تجزئة عبء الإثبات بين طرفى الخصومة ، بل هو مقيد فى ذلك بحكم القانون وخاضع فيه لرقابة محكمة النقض^(١) .

== ممن يملكه ، أو ممن هو موكل به توكيلاً خاصاً ، إقراراً صحيحاً مستوفياً لمرائطه القانونية — ٢ — متى احتكم صاحب الواقعة المختلف عليها إلى ذمة خصمه فاستحلفه عليها ثم نكل هذا الخصم عن الحلف (والنكل فى القانون إقرار ، وهو مذهب الصاحبين ، وقد اعتبر أبو حنيفة الثمنان أنه بذل لقطع الخصومة ، وقال الشافى ومالك إن النكل يحتمل التورع عن التمين الكاذبة والترفع عن التمين الصادقة فلا يصح عندهما القضاء بالنكل بل ترد التمين على المدعى فإذا حلفها قضى بما ادعاه وإن نكل رفضت الدعوى ، ولهذا الخلاف فروع اختلفوا فيها ، انظر طرق القضاء للأستاذ الشيخ أحمد بك إبراهيم ص ٢٤٠ وما بعدها) — ٣ — إذا كانت الواقعة تستند إلى قرينة قانونية تنفى صاحبها من الإثبات ، فمن يدعى مثلاً براءة ذمته من دين يسند عليه لآخر غيبه أن يقدم هذا السند دليلاً عليها ، لأت القانون يستبر مجرد وجود سند الدين بيد المدعى كافيًا فى إثبات براءة ذمته من الدين ويوجب على الدائن أن يثبت أن وجود هذا السند بيد مدينه كان لسبب آخر غير تخلفه من الدين (٢١٩ و ٢٢٠ من القانون المدنى) .

(١) فائ ص ١٦٩ ومارتى ص ١٨١ ورسالة تيفيه Thevenet — Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale (Thèse Lyon 21 — 1920) . ورأس القواعد فى هذا الباب أن الأصل براءة الذمة وأن من ادعى على غيره حقاً أو قولاً ملزماً بحق أو فعلاً فعليه الدليل . ومن دفع دعوى غيره فعليه إقامة الدليل على ما دفع به ، وليس المراد بالمدعى المعنى المفهوم عادة من هذا اللفظ بل هو كل خصم يدعى على خصمه ، لا فرق بين من رفع الدعوى فعلاً ومن رفضت عليه ، فالمدعى عليه يعتبر مدعياً إذا دفع الدعوى ، والمدعى الأول يصبح مدعياً ثانياً إذا دفع دفع خصمه . على أن مسألة من يكون عليه الإثبات لا يرتبط حلها فى الواقع بمعرفة من هو المدعى ومن هو المدعى عليه ، بل بطبيعة مزاعم الخصوم فى الدعوى (بلاتيرول ج ٢ تمهيدات ص ٧٥٦) فمن زعم أثناء الخصومة زعماً يخالف مجرى العادة أو مقتضى الظاهر أو يكون من شأنه إحداث تغيير فى مركز قانونى ثابت أصلاً أو عرضاً يكون هو الذى عليه الإثبات (بودرى ج ٣ تمهيدات بقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢١) وإفراً فى سلبية موقف القاضى إزاء الخصومة وتقل عبء الإثبات وتجزئته باتفاق الخصوم الضمنى والصريح (Sescioréano) فى رسالته المقدمة الذكر . ومن يقف موقف المنكر لمزاعم خصمه فإنه لا يكون عليه إثبات ما فإن أجاب على الدعوى بدفعها فانه يكون عليه إثبات دفعه ، وكذلك إذا زعم مزاعم أخرى معينة فإنه يكون عليه إثباتها ؟ فان يجوز جاز الحكم عليه لأنه يكون قد أضعاف على نفسه مركزه الأصل فى الخصومة بخروجه من الإنكسار إلى الهجوم والادعاء (لوران ج ١٩ بقرة ٩٤ وچوسران ج ٢ ص ٧٨) .

وقد يصعب فى العمل التمييز بين من يجب عليه الإثبات ومن لا يجب عليه فيقع الخلاف . ==

٤٢ — (ح) ليس لقاضي الدعوى أن يحصل فهم الواقع منها إلا بالدليل

== فن ذلك اختلافهم فيمن يكون عليه إثبات سبب الالتزام في السندات المعراة عن أسبابها (Les promesses nues, les promesses d'argent non causées) والرأي الراجح أن المدعى عليه المطالب بالوفاء هو الذي عليه إثبات خلو الالتزام من سبب صحيح جائر قانوناً (جارسونية ج ٢ ص ٣٧٧ وما بعدها والمراجع التي ذكرت بهذه الصفحة ورسالة كولان في نظرية السبب ص ١٥١ — ص ١٦٦ ورسالة كاييتان في نظرية السبب من ص ٣٦٦ إلى ص ٣٨٩) ويقول بعكس هذا الرأي أوبري ورو (ج ١٢ ص ٩٣) . ومنه اختلافهم فيما إذا كان يصحح أو لا يصح تكليف من عليه الإثبات بآثار الواقعة السلبية التي ادعاها ، والراجح في المسألة أن الواقعة إن كانت منضبطة التي فانه يكون على مدعيها إثبات عكسها إذا أمكن تحويلها إليه وذلك ممكن غالباً ؛ فان لم يستطع تحويلها إلى قضية موجبة أو كان إثباتها منفية مستحيلاً أو كان التي فيها غير منضبط ، فان مدعيها يعتبر عندئذ عاجزاً عن الإثبات ويحكم في الدعوى برفضها (جارسونية ج ٢ ص ٣٧٩ و ٣٨٠ و ٣٨١ والمراجع التي بالهوامش ، وبلانول ص ٧٥٥ والمراجع التي بالهوامش وحكم ٤ بوليه ١٩١٢ (س ٩١٣ — ١ — ٣٩٠) وحكم ٧ يناير ١٩٢٠ (س ٩٢٢ — ٢ — ٧٣) وتعليق الأستاذ H. Rousseau عليه . وقد جاءت الفريضة الإسلامية بجواز الشهادة بالثني في إثبات الغائب وعلى حصر الورثة وفي كل نفي منضبط قطعاً أو ظناً (طرق القضاء ص ٢٧) . وجاء القانون بتكليف من يطالب غيره باسترداد ما دفعه له بغير حق بآثار عدم اشتغال ذمته بالدين (أوبري ورو ج ٨ ص ١٥٦ و جارسونية ج ٢ ص ٣٨١ والمراجع التي بهامش هذه الصفحة) ، وبتكليف الوكيل إذا تمسك بصحة ما قام به بعد وفاة موكله بإثبات أنه كان يجهل هذه الواقعة .

ولقد اختلف في دعوى نفي حق الارتفاق ، هل يكون على راضها إثبات هذا النفي أم يكون المدعى عليه هو المكلف بآثار وجود هذا الحق ؟ والأوجه أن لا محل لتكليف أولها بإثبات ما ادعاه من نفي ، وأنه حبه أن يثبت هو أنه المالك لغارقه فثبت مدعاه في ضمنه لأن حق الملك حق مطلق حر ، ومتى قام المدعى بإثبات ملكه كان على المدعى عليه إثبات ما يدعيه لنفسه من ارتفاق (جارسونية ج ٢ ص ٣٨١ والهوامش رقم ٩ آراء ثلاثة لفقهاء الرومان) ، ويقول جلاسون وتيسيه إنهما لا يأخذان بهذا الرأي على إطلاقه ، وإنه يجب أن ينظر في من هو الذي في تصرفه الآن حق الارتفاق ؟ فان كان هو مالك العقار المرتفق به كان هو مستصعباً للظاهر وكان على خصمه الذي ادعى نفي حق الارتفاق إثبات أنه ملك طلق لا ارتفاق لأحد عليه ، وإن كان الأمر بعكس ذلك كان الإثبات على صاحب العقار المرتفق به لأن الظاهر يكون مع خصمه (راجع في خلاف هذه الآراء بونيه في مبادئ النظام القضائي والمرافعات فقرة ٤٧) .

واختلف كذلك فيمن يكون عليه الإثبات عند التنازع في زوال حق الارتفاق بعدم الانتفاع به ، أي يكون هو مالك العقار المرتفق به أم يكون خصمه ؟ وأصح الآراء هو القول بتكليف من يدعي منها خلاف الظاهر بالإثبات ، فيكلف صاحب العقار المرتفق بالإثبات إذا لم يكن حق الارتفاق في تصرفه ويكلف خصمه به في عكس ذلك (دومول ج ١٢ فقرة ١٠١٥ ، وأوبري ورو ج ٨ ص ١٥٣ ، وبونيه فقرة ٤٧ ، وربرتوار دالوز تحت كلمة تقادم فقرة ٣١٥) وتحت كلمة usage فقرة ١٩٠) . وقد عمم أوبري ورو هذه القاعدة (ج ٨ ص ٨٣) فجعل الإثبات ==

القانوني الذي يجوز الاستدلال به في صورتها ، وبشرط أن يقع هذا الاستدلال على

== في كل نزاع يقوم بين مالك العقار ومن يدعي فيه حقاً عينياً — على الخارج منها ، وهو من لا يكون الحق العيني في يده وتصرفه (لفظ الخارج هو اصطلاح الفقه الإسلامي ويقابله ذو اليد) ، وعلى ذلك بارتان في شرحه بهامش ١٣ فقال إن عبء الإثبات يقع دائماً على من يحاول بادعائه ومزاعمه تغيير مركز خصمه الذي هو فيه ومنه من الانتفاع بمزاياه القانونية . ومن القواعد المتعلقة بمن عليه الإثبات في الخصومة أن كل طرف في خصومة هو الذي يكون عليه تقديم ما يراه مؤيداً لمزاعمه من المستندات ، وأن ليس على خصمه أن يقدم له منها ما عسى أن يكون حجة عليه في هذه الخصومة ، إلا أن يكون المشتد مشتركاً أو دفترًا من دفاتر التجارة فانه يجوز للمسكة في الصور البيئية بالمادة ١٦ من قانون التجارة الأهلي (المنازعات التجارية — الأموال للشاعة — التركات — قسمة التركات — الافلاس) أن تأمر بالاطلاع على الدفاتر ، على أن تكون لها الحرية التامة في هذه الصور فقط في أن تأمر أو لا تأمر به وفي تحديد كيفية الاطلاع وزمنه . أما سلطة القاضي في الحكم بتقديم الدفاتر أو بعدم تقديمها في الأمور المدنية والتجارية فهي كاملة (الإثبات لنشأت بك فقرة ٢٨٧ وما بعدها والمراجع التي بالمواش وجارسونه ج ٢ ص ٣٨٣ و ٣٨٤ وهوامشها والمواد من ١١ إلى ١٨ من قانون التجارة الأهلي ، وليون كان ج ١ رقم ٢٩٠ مكررة ٢٩١ . ون . م . م ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ (الحاملة س ١٦ رقم ٧ ص ١٠) .

وقد قضى بأن الموظف الذي يكون له فوق مرتبه عمولة ماثوية على المبيعات ليس له أن يطلب الاطلاع على دفاتر المحل التجارية ليتعرف منها مقدار ما يستحقه من عمولة ، وذلك اعتباراً بأنه ليس شريكاً في المحل لعدم المساهمة في الخسارة (بودرى ج ٤ ص ١٤٧ وهامش ٤) .

تجزئة عبء الإثبات : وقد يصعب في العمل تحديد ما يكون على المكلف بالإثبات إثباته من عناصر الواقعة التي أقيمت الدعوى أو الدفع على أساسها وتحديد ما يكون على الخصم إثبات نفيه من عناصر تلك الواقعة ، ويصنون للكلام في ذلك بجزئة عبء الإثبات قانوناً بين طرفي الخصومة (بلانيول ج ٢ فقرة ١١٢١ ، ١١٢٢) ولقد حاول الأستاذان الجليلان أوربري وروضم شستات هذه المسألة وتفرعها في قاعدة واحدة فقالا : إن من يكون عليه الإثبات مدعياً أو مدعى عليه ، مستأخراً أو مستأخراً عليه ، ممرضاً أو ممرضاً ضده ، مكلف قانوناً بإثبات كل عنصر من عناصر الواقعة التي جعلها أساساً لحقه ، وليس عليه أن يثبت نفي الموانع والظروف التي يمكن أن تحول بينه وبين كسب حقه أو يكون من شأنها أن تسقط حقه في المسكنة القانونية التي يستند إليها (ج ٨ ص ٨٤ وما بعدها) . ولقد انتقد الأستاذ بارتان في هامش هذه الصفحة غموض هذه القاعدة ، وبعد أن سلم بأن تجزئة عبء الإثبات بين طرفي الخصومة هي مسألة قانونية لا ينبغي تركها للسلطة القاضي الموضوع ، أكتفى بأن أورد كثيراً من فروع المسألة وأبان عن رأيه في كل منها — ولما كان المجال لا يتسع لتفصيل الرأي فقد رأينا أن نثبت هنا على جهة التذكير والتبثيل مسألتين : واحدة من فقه القانون الفرنسي وأخرى من فقه القانون المصري .

المسألة الأولى : اختلفوا فيمن يكون عليه الإثبات إذا انتصر المؤمن وكان عقد التأمين ==

الوجه المبين بقانون المرافعات ، وهو في التقيد بذلك خاضع لرقابة محكمة التقضى .
فكون الواقعة مادية ^(١) يصح إثباتها بجميع طرق الإثبات أو رابطة قانونية

== ينس على أن الاتجار يبطل العقد ويسرى شركة التأمين من دفع المبلغ المؤمن به على الحياة ،
أىكون على الشركة إثبات أن المتحركان عند الاتجار عاقلا مدركا عواقب فعلته ، أم يكون على
ورثة المتحر أن يثبتوا أنه كان إذ ذاك غير مميز ؟ فقال بودرى ج ٣ تمهيدات ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ وما بعدها وهوامشها
يزعم زعماء مخالفاً للأصل الثابت أو العارض هو الذى عليه الاثبات ، إن الاثبات يكون على
هؤلاء الورثة لأن الاتجار قد ثبت ولا منازعة فيه والأصل القل ، والجنون عارض لا يفترض ،
فلى من يدعيه أن يثبت (بودرى ج ٣ تمهيدات ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ وما بعدها وهوامشها
التي فيها المراجع المؤيدة لرأيه والمخالفة له . ويظهر من هذه المراجع ومن المراجع التي وردت
بها مش ١ تليفاً على حكم ١٧ فبراير سنة ١٨٩١ (س ٩١ — ٢ — ١١٥) أن القضاء
الأجنى مؤيد لبودرى وأن القضاء الفرنسى قد جرى بعضه القليل على رأيه والأكثر على عكسه) .

المسألة الثانية : وقد اختلفوا في مصر فيمن يكون عليه الاثبات إذا اعترف المحص يissime
الحتم وأنكر التوقيع به ، أىكون التمسك بالورقة هو الذى عليه إثبات حصول التوقيع
بالحتم من صاحبه ، أم يكون للتعرف يissime الحتم هو الذى عليه أن يثبت أن المنسوب له الحتم
لم يوقع به ؟ وكان في المسألة آراء ثلاثة ذكرها وشرحها الأستاذان المرحوم أبو حيف
والشمساوى في كتابيهما ، ثم حكمت دوائر محكمة استئناف مصر المجتمعة بأن الاثبات يكون على
التمسك بالورقة (٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة سنة ٩ رقم ٥٢٤) ثم حكمت محكمة
التقضى بأنه متى اعترف المحص الذى تصد عليه الورقة بأن الامضاء أو الحتم الموقع به على تلك
الورقة هو إمضاءه أو ختمه ، أو متى ثبت ذلك — بعد الإنكار — بالدليل الذى يقدمه
التمسك بالورقة ، فلا يطلب من هذا التمسك أى دليل آخر لاعتماد صحة الورقة وإمكان اعتبارها
حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الحتم . ولا يستطيع هذا المحص التنصل مما تثبت
عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاءه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التي
عليها التوقيع وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك ، فان هذه هي منه دعوى تزوير بخة يجب
أن يبار فيها بطريقها القانونى . ذلك بأن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالحتم بل لا يعرف
إلا إنكار بصمة الحتم ، ولأن المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات — إذ أجازت للمحكمة سماع
شهادة الشهود على حصول الكتابة أو الامضاء أو الحتم على الورقة التقضى تحقيقها — لا ترى
إلا إلى إثبات الامضاء أو الحتم المذكورة بصته ... (حكم ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ ملحق
القانون والاقتصاد سنة ٤ عدد ٤٠ ص ١٠٤ والمحاماة سنة ١٤ ق ١ عدد ١٧٧ ص ٤١١)
وهذا هو ما جرى عليه القضاء المختلط (س م ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٤ مج سنة ٢٤ ص ١٢
و ١٠ يناير سنة ١٩١٧ مج سنة ٢٩ ص ١٤٦ و ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ مج سنة ٣٠
سنة ١٠٦) وهو ما أشار إليه المستشار أحمد بك أمين في شرح قانون العقوبات ص ١٩٥ .
(١) يجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات سواء في ذلك الوقائع المادية
الصرى كالغرق والضرب والإصابة الخطأ ، والوقائع المادية التي لو ثبتت تكسب إنساناً مركزاً
قانونياً معنياً كوقائع وضع اليد التي تكسب واضع اليد على المقار ملكيته أو الحق في عدم ==

لا تثبت إلا بدليل بمينه ^(١) ، وكون الدليل مما يجوز الاستدلال به قانوناً ^(٢) ، وفيه يكون هذا الاستدلال وما حجته ، وما حجة كل دليل

== محاسبته على ما استهلك من الثرات . وقد قضت محكمتنا بأن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان في حيازته مادياً من عقار أو متقول أو نقد ، وكذلك استيلاء وارث ما على شيء من مال الفرقة عقاراً كان أو متقولاً أو نقداً ، كل ذلك من قبيل الوقائع التي لا سبيل لاثباتها إلا بالبينة . ولما أن الذي يطلب فيه الدليل الكتابي هو الملل القانوني المتعاقد الذي يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسؤول قانوناً عنهم دليل كتابي يدل عليه (ن . م . م ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ الهامة س ١٦ ق ١ عدد ١١ ص ٢٨) .

(١) القانون هو الذي يبين طرق الاثبات . وهو قد يميز الاثبات بها جميعاً تارة ، ومنع الاثبات بعضها حيناً ، ويخصص دليل الاثبات لبعض الأمور تارة أخرى . ومن ذلك أنه منع الإقرار واليمين والشفادة والقرائن في إثبات الهبة والمحررات ذات التاريخ العرفي غير الثالث في إثبات الحيازة في رهن المتقول ، ومنع جميع ذلك في الرهن العقاري فلم يقبل في إثباته إلا السند الرسمي المحرر بقلم الكتاب (المادة ٥٥٧ من القانون المدني) ، ومنع الشفادة والقرائن مطلقاً في الإجارة (المادة ٣٦٣) ، ويخصص الشفادة بما لا تريد قيمته على ألف قرش إلا ما استثناءه ينص صريح .

وقد يعتبر القانون الحق في بعض الأحيان غير موجود أصلاً بغير دليله الخاص الذي أنشأه ، كالهبة فإنها تعتبر ملفاة إذا لم تكن بقدر رسمي ، إلا إذا وردت على متقول تسلمه للموهور له فعلاً (المادة ٤٩ من القانون المدني) . ولا قيمة لأقرار الواحد مادام لم يفرغ من إقراره بالهبة في عقد رسمي .

(٢) الاثبات قد يكون مباشراً وهو ما يكون فيه القاضي اعتقاده بعلامته بنفسه الوقائع المختلفة عليها كميانيته محل النزاع بنفسه أو بمن يتدبه من الخبراء . وقد يكون غير مباشر وهو ما يحصل فيه القاضي فهمه بطريق الاستنتاج . وطرق الاثبات هي الكتابة والبينة والإقرار واليمين والقرائن والمأينة . والأصل أن القاضي في المواد المدنية ليس قاضياً للتحقيق كما هو في المواد الجنائية ، ولذلك فهو يدير إجراءات الدعوى طبقاً لقواعد قانون المرافعات ، والمحصوم هم المكلفون بتقديم ما لديهم من الأدلة في أي حال تكون عليها الدعوى وأمام أي درجة من درجات التقاضي إلى حين إكمال باب المرافعة . وإنما للقاضي فضلاً عن حقه في مناقشة المحصوم فيها يقدمون له من الأدلة أن يأمر ، استجلاء للحقيقة ، باستجواب المحصوم أو بالاثبات بالبينة من تلقاء نفسه في الأحوال التي يجوز له ذلك فيها (١٨٠ مرافعات) وله كذلك توجيه اليمين التهمة . والإقرار واليمين الخامسة والقرائن القانونية ليست من طرق الاثبات على الصحيح ، لأنها لا تثبت في الواقع شيئاً وإنما تنفي من إثباته .

والأصل في الاثبات أن يكون بالكتابة ، وقد بين القانون ما يجب إثباته بالكتابة من التصرفات أية كانت قيمته أو متى زادت على ألف قرش ، ثم فصل ما يجب أن يكون منها بقدر رسمي (كالهبة والرهن العقاري) وما يصح أن يكون بقدر عرفي (كالإجارة) ، ثم ذكر ما الذي يجب إثبات تاريخه وما الذي يجب تسجيله منها للاحتجاج به في حق القاعدين وبالنسبة للغير ، ثم بين كذلك ما الذي يجوز إثباته بالبينة وقرائن الأحوال . ==

== ومن قواعد الإثبات بالبينة : (١) أنه يجب الرجوع في تقدير قيمة النزاع إلى وقت حصول التصرف القانوني لا إلى وقت رفع الدعوى ، على أن يضاف إلى قيمته قيمة ملحقاته المروفة المحددة وقت العقد : فالعويض المتفق عليه جزاء على التأخير في الوفاء تضاف قيمته إلى قيمة الطلب الأصلي لأن التصرف قد شمله ، أما التعويض غير المتفق عليه فلا تضاف قيمته لأن العقد لم يشمله من جهة ولأنه مترتب من جهة على تصدير المدين فيصح إثبات هذا التصدير بكافة الطرق أيا كانت قيمته هو . أما التعويض الجزائي المترتب على عدم الوفاء فلا تصح إضافته على قيمة الطلب لعدم جواز الجمع بينهما (المادة ٩٨ مدني) وكذلك الملحقات التي لا يمكن تعديلها وقت العقد لا تضاف قيمتها . ومن التطبيقات أن للمعيرك في شركة مدنية إذا كان رأس مالها لا يزيد على ألف قرش أن يثبت نصيبه في أرباحها بشهادة الشهود ولو زاد على هذا النصاب (راجع الإثبات فقرة ٥٧ لاية ٦٣) — (٢) لا يصح بين الماقدن إثبات ما يخالف العقد المكتوب ولا ما لم يرد به ، مما يدعى أنه حصل قبل العقد أو أثناء تحريره أو بعده ، ولو كانت قيمة العقد ألف قرش فأقل . وعلى ذلك فلا يصح إثبات استبدال التزام بآخر ولا المقاصة فيه ، ولا الصلح عنه ، ولا تعديل شروطه ، ولا إضافة قيد له من أجل أو شرط ، ولا تحديد محل للدفع والوفاء ، ولا حصول الاتفاق على قائدة . لا يصح إثبات ذلك وما أشبهه بالبينة (راجع أوربري ورو ج ١٢ ص ٣٣٣ وهوامشها — (٣) واختلفوا فيما إذا كان يصح الانساق على الإثبات بالشهود فيما زادت قيمته على ألف قرش فلم يجزه أغلب فقهاء القانون الفرنسي وقبلة من الأحكام الفرنسية انصدرة من محاكم الاستئناف لاعتبارهم الاتفاق مخالفا للنظام العام (راجع بودري ج ٤ تمهيدات فقرة ٢٥١٨ ص ٢١٥ وهامش فقرة ١ وأوربري ورو ج ١٢ ص ٢٩٩) وأجازوه بعض الفقهاء الفرنسيين وجرت به أكثر الأحكام وأحكام محكمة النقض بصفة خاصة (راجع بودري وأوربري ورو في المرجعين السابق الذكر بالهوامش) وقد أخذت محكمة النقض الجنايئة المصرية بهذا الرأي الأخير في حكمها الصادر في ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٨) حيث قضت بأنه لا يصح الطعن لأول مرة أمام محكمة النقض بمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد الإثبات الفاضية بعدم جواز الإثبات بالبينة فيما زادت قيمته على ألف قرش . وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية وثبتت عليه من سنة ١٨٧٨ لاية الآن (راجع تواريخ هذه الأحكام في بودري للمرجع السابق والهامش فقرة ١) . أما محكمة النقض البلجيكية فقد أخذت بالرأي الأول حكم ٣ يناير سنة ١٨٥٦ (باسكيريزي ٥٦ — ١) (١٧٨) وراجع الإثبات فقرة ٩٥ . أما الاتفاق على عدم جواز سماع الشهود فيها فيجوز الشهادة فيه فلا خلاف في صحته (الإثبات فقرة ٩٦ والمراجع المذكورة بالهامش فقرة ٢) .

ومن قواعدهم في الإثبات بالكتابة : أنه لا يصح لإنسان أن ينفي بنفسه نفسه دليلا على غيره ، وأن الأصل في المحررات التي تكون لها قوة إثبات أن تكون موقعة من يراد الاستدلال بها عليه (ومن ذلك ما حكمت به محكمتنا من أن دفتر ناظر الوقف الميث لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلا لورثته على المستحقين بعضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توقيع لهم على هذا الدفتر فيد هذا القبض ن . م . م ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٨٨ والمحاماة س ١٦ عدد ١١٧ ص ٢٨١) ولكن القانون قد استثنى من ذلك استثناءات =

= منها الدفاتر التجارية : قصد أجاز قبولها للآثبات في دعاوى التجار المتعلقة بأمور تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً . وقد تسادد الفقهاء عما إذا كان يجوز للتاجر أن يثبت بدفاتر التجارة ديناً مدنياً على تاجر آخر أو على غير تاجر ، وعما إذا كانت هذه الدفاتر تصلح حجة على صاحبها في معاملات مدنية . ويكاد يكون المجمع عليه أنه لا يصح لتاجر الدفاتر بما ورد بدفاتره من معاملات مدنية إذا كان خصمه غير تاجر وقت المعاملة ، لا على اعتبار كون الدفاتر دليلاً كاملاً ولا على اعتبار كونها مبدأ ثبوت بالكتابة يصح تكمله بمهادة الشهود والقرائن ؛ ويقول الأستاذ نفأت بك إن محكمة الاستئناف المختلطة قضت صراحة باعتبار الدفاتر التجارية في هذه الصورة مبدأ ثبوت بالكتابة وإن في قضائها هذا شذوذاً لا مبرر له (راجع الآيات بقرة ٢٧٩ والهامش غمرة ١ و غمرة ٢) ولا ينبغي أن تستثنى من ذلك أمان ما يبيعه التاجر من بضائعهم لمصلاهم (*Les fournitures faites par un commerçant à un non commerçant*) كما استثناهما القانون الفرنسي من المادة ١٤٢٩ واعتبر فيها الدفاتر التجارية مبدأ ثبوت بالكتابة وأجاز للقاضي تخفيف أى الحصين اليقين النشمة . وظاهر أن هذا كله في المعاملات التي تتجاوز قيمتها ألف قرش فإن لم تتجاوزها أصبح الآثبات بالينة وبالقرائن حراً وأجاز للقاضي أن يعتبر انتظام القيد في دفتر التجارى قرينة على صحة ما ورد به يكتفى بها أو يستكملها بسايع البينة أو بتجفيف اليقين النشمة . وكذلك لا يصح للتاجر أن يثبت ديناً مدنياً له على تاجر آخر بالدفاتر التجارية طبقاً لنس المادتين ١٧ و ١٨ تجارى اللتين اشترطنا قبول الآثبات بهذه الدفاتر أن تكون المدة تجارية . أما أن الدفاتر التجارية يصح اعتبارها حجة على صاحبها بما ورد فيها من معاملة مدنية ، ولو كانت غير منظمة ، فيكاد يكون بديهياً ولو لم يرد به نص كنس المادة ١٣٣٠ من القانون للمدنى الفرنسي . وظاهر كذلك أنه إذا اعتبرت دفاتر التاجر حجة عليه فلا يصح لحصمه أن يجزئ عليه ما ورد بها متعلقاً بالدين المتنازع فيه ولو لم يرد بدم جواز التجزئة نص كنس المادة ١٣٣٠ من القانون الفرنسي (راجع بودرى ج ٤ تعهدات بقرة ٢٤٣٠ ص ١٤٦ و هامش غمرة ١ و غمرة ٢ والآيات بقرة ٢٨٤ لفاية بقرة ٢٨٦ وهوامشها) .

ومن ذلك المراسلات الخصوصية : وما دام القضاة لم يحدد لها قوة إثبات خاصة ، فيجب أن يوكل الأمر فيها لقاضي الموضوع ، إن شاء اعتبرها دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة وإن شاء طرحها جانباً حسب الأحوال ، وذلك سواء أكان الذي قمنها في القضية هو من أرسلت إليه أو أجنبياً ، إلا أن تضمن معاملة مدنية أو تجارية خاصة ويكون الغرض من تحريرها وإرسالها هو مبادلة الرأى فيما اشتملت عليه خاصاً بهذه المعاملة ولتكون مستنداً على صاحبها لمن أرسلت له فإنها تعتبر حيثئذ من المحررات العرفية التي اعترف بها القانون وحدد لها حقيبتها القانونية وأوجب على القضاة الأخذ بها بشروطها (راجع أوبرى ورو ج ١٢ ص ٢٩٥ و ٢٩٦ و هامش غمرة ١٨ و ١٩ و ٢٠ وقد أسمىها عندئذ *actes instrumentaires*) أما الرسالة التلغرافية الملحة للرسلة هي إليه فلا يمكن اعتبارها كالصورة من سند رسمي محفوظ أصله ، لأن موظف التلغراف لا يتحقق من شخصية المرسل وقد يقبل التلغراف من أى إنسان غير صاحبه . وعلى ذلك فإن كان أصل التلغراف موجوداً قصد وجب الاطلاع عليه برضا المرسل والمرسل إليه وحيثئذ تجري عليه أحكام المحررات العرفية من الاحتجاج بها عند الاعتراف أو تكليف التمسك بآثبات صحة الامضاء أو الحتم (الآيات بقرة ٣٢١ وما بعدها)

مسائل في الإقرار : وما اشترطوه في الإقرار القضائى ليكون حجة كاملة أن يقصد =

== المقر بأقراره إلزام نفسه بما أقر به وإعفاء خصمه من تقديم أى دليل عليه ، فإذا أقر شاهد بصدور أمر منه أثناء تأديته الشهادة أمام محكمة مدنية أو جنائية فإنه لا يجوز لمن صدر له الأقرار أن يتخذ حجة في دعوى يرفضها على هذا الشاهد بمقتضى ذلك الأقرار ، ومن قرر أموراً واستند إليها في ادعاء أو في دفع تعزيراً لحجته فلا يعتبر تقريره إياها اعترافاً قضائياً لأن المقر لم يقصد مطلقاً أن يعتبر إقراره حجة عليه لحصمه (أورى ورو ج ١٢ ص ١٠٧ و ص ١٠٨ والاثبات فقرة ٤١٤) ومن اعترف في قضية بأمر فلا يكون لأقراره هذا قوة الاعتراف القضائي في قضية أخرى لأنه لم يقصد أن يعمد أثر اعترافه تلك القضية (أورى ورو ج ١٢ ص ١١١ والمهامش والاثبات فقرة ٤١٩) . ومن قواعدهم أن لقاضي الموضوع الحرية الكاملة في تقدير الاعتراف غير القضائي ، فله أن يأخذ أو لا يأخذ به وليس عليه أن يخضع فيه لقاعدة عدم تجزئة الاعتراف ، بل له أن يقبل عدول المقر عن إقراره . ويرى الأستاذ نشأت بك أن إثبات الأقرار غير القضائي الحاصل في غير مجلس القضاء يجب أن يخضع للقواعد التي تسرى على التصرفات ، بمعنى أنه إذا كان شفوياً وكانت قيمته النزاع أكثر من ألف قرش فإنه لا يؤبه له ، وإلا سمح بآليات حصوله بالشهود ، وإن كان بالكتابة فتكون له قوة إثبات المحررات بشروطها . أما الأقرار الذي يحصل في مجلس القاضي ولا يعتبر مع ذلك قضائياً لعدم توافر شروطه فأمر تقديره متروك للقاضي يعتبره مبدأً ثبوت بالكتابة أو دليلاً كاملاً (الاثبات فقرة ٤٤١ وهوامش الصحيفة ٢٥٦) .

مسائل في الميمين الخامسة والمتنمة : ومن قواعدهم في التمين الحاسمة أنها نوع صلح بين طرفي الخصومة لا يوجهها القاضي ولا توجه إلا من خصم لحصمه . وإذا أداها من وجهت إليه اعتبر محققاً في زعمه ، وإن نكل عنها اعتبر مبطلاً ، وإن ردها على خصمه كسب هذا الدعوى وإن خلفها ، وخسرهما إن نكل عن يمينه . والفهم من نص المادة ٢٢٥ (التي تنص على أن التكاليف بالتمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من أوجه الثبوت) أنه يصح توجيه التمين الحاسمة — كقاعدة عامة — في كافة المواد حتى فيما زادت قيمة النزاع فيه على ألف قرش ، فيصح توجيهها لاثبات ما يخالف عقداً مكتوباً ، ولو كان العقد رسمياً ، إلا فيما لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير (بودرى ج ٤ التعهدات فقرة ٢٧٤٢) . ولهذا استثناءات : منها أنه لا يصح توجيه التمين الحاسمة لاثبات حصول عقد ختم القانون وقوعه بشكل خاص كالمطالبة (في غير المنقول الذي سلم فعلاً) والرهن العقاري والوقف والوصية ، ولا لاثبات ما يخالف قرينة قانونية فاطمة شرعت لمصلحة عامة كقوة الشيء المحكوم به ، أو وضع اليد المدة الطويلة المكتسبة للملك . ولا يجوز توجيه التمين في نزاع على النسب أو فيما اعتبر أنه من النظام العام مما لا يصح فيه الصلح أو التنازل عن الحق ، كما لا يجوز توجيه التمين الحاسمة كذلك من التهم إلى المدعى بالحق المدني ، ولا من هذا إلى التهم ، أمام المحاكم الجنائية (الاثبات فقرة ٤٧١ لفاية ٤٨٢) . وقد بحثوا فيما إذا كان يجوز توجيه التمين الحاسمة من باب الاحتياط فقيل إن المادة ١٦٦ مرافعات تنص على عدم الجواز وعلى أن التكاليف بالتمين يفد ترك ما عداها من أوجه الثبوت . وقد قد ذلك (المرافعات لأبي حيف بك فقرة ٩١١ ص ٦٤٤ و ٦٤٥ وهوامشها والاثبات لنشأت بك فقرة ٤٨٩) فقيل إن تخلف التمين في هذه الحالة يكون غير قانوني لأن صاحب التمين لم يوجهها إلا على اعتبار أن الخصم لا يخلفها إلا عند عدم نجاح طرق الاثبات الأخرى المقدمة منه ، فكل ما يملكه القاضي أن يخبر طالب الحلف بين الحلف على يمينه وبين ==

== هذه الطرق . ثم قيل : إن محكمة الاستئناف المختلطة كانت تنضى بأن توجيه اليمين الحاسمة من باب الاحتياط يقتضى عدم الالتفات لأوجه الالبات الأخرى والاكتفاء بتوجيه اليمين ، ثم قضت بأن هذا التوجيه ينبغي ألا يكون له من الأثر سوى إعمال اليمين .

وكذلك بحثوا فيما إذا كانت المحكمة تملك رفض توجيه اليمين مع توافر الشروط المطلوبة فيمن وجهها وفي الوقائع المراد الحلف عليها ، فذهب الفقهاء إلى أن المحكمة لا تملك رفض توجيه اليمين إلا إذا اتفق شرط من هذه الشروط (بودرى ج ٤ فقرة ٢٧٤٧ و ٤١٨ و ٤١٩ وهوامشها وأوبرى ورو ج ١٢ ص ١٤٧ وهامش ٣٤ وجارسونيه جزء ٢ ص ٤٩٨) وقد جرى القضاء برفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت الوقائع المدعاة غير محتملة الصدق ، أو كانت تكذبها المستندات المقدمة في الدعوى ، أو إذا تبين للمحكمة أن القصد من توجيه اليمين هو مجرد الكيد أو التفتيك في ذمة الخصم وإظهاره مظهر الحانت في يمينه (المراجع المقدمة والمصاوى ج ٢ ص ٤٤٢ و ٤٤٣ وهوامشها وتيبه ج ٢ ص ٨٣٩ و ٨٤٠ ، وانتقد هذا الرأي أوبرى ورو) . والظاهر من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة أنها لا تعزى الحكم برفض تخليف اليمين إلا إذا تبين لها أنها كيدية (الفهرست العشرى الثالث رقم ٢٥١٤ وما بعدها) والظاهر من تعليق الأستاذ بارتز أنه يميز الحكم برفض التحليف اعتباراً بأن توجيه اليمين في هذه الصورة يكون من قبيل سوء الاستعمال في الحق (أوبرى ورو ج ١٢ ص ١٤٧ هامش ٣٣) .

والرأي الرابعع عندنا هو رأى الفقهاء لأن اليمين الحاسمة هي ملك الخصم لا ملك القاضي فإذا رفض القاضي توجيهها بعلّة أن الواقعة غير محتملة الصدق أو تكذبها المستندات أو توافرت على ثبوتها أدلة أخرى ، فإنه قد يكون حرم الخصم من حقه في الالتجاء إلى ذمة خصمه بشأن واقعة مهما تكن بعيدة التصديق ظاهراً فهي متعلقة بالدعوى ، ولا ينبغي أن يمنع من الاستخلاف عليها لجواز أن يأتي الحلف أو النكول مؤيداً لها .

وكما انتقد كتاب «الالبات» نص المادة ١٦٦ من قانون المرافعات انتقد نص المادة ١٦٩ التي أجازت للقاضي تغيير صيغة اليمين بغير قيد ، ورأى أنه يجب على القاضي متى رأى تغييرها أن يعرضها معدلة على من وجهها أصلاً ، فإن قبلها حكم بتوجيهها وإلا حكم برفضها ، لأنها تكون عندئذ غير متعلقة بالدعوى (فقرة ٤٩٢) .

ومن مباحثهم في اليمين التهمة : أنه لا ينبغي التقيد بما يدل عليه ظاهر المادة ٢٢٣ من القانون المدنى من أن القاضي لا يوجه يميناً متممة إلا إذا كانت الأوراق المقدمة للالبات غير كافية ، لأن الشارع كان عند تقريره حكم هذه المادة غير ملتفت إلا إلى الصورة المهمة التي هي صورة ما إذا كان النزاع تريد قيمته على ألف قرش ، وذلك لينتفي فيها احتمال عدم جواز الالبات بالينة والفرار التي منها اليمين التهمة . ولهمنا انتقد الاجماع على جواز تخليف اليمين التهمة في المسائل التجارية وفي المواد المدنية التي لا تتجاوز قيمة النزاع فيها ألف قرش ولو لم تكن فيها أوراق كتابية ، كما انتقد على أن الأمر في توجيه اليمين التهمة أو في عدم توجيهها ليس مقصوراً على تأييد دين أو إثبات براءة التهمة من دين كما نص عليه في المادة ٢٢٣ المذكورة ، بل يصح توجيهها في كل حق أو في أى تمهيد يمكن أن توجه فيه اليمين لصاحب الدعوى أو لصاحب الدفع ==

وشروطها^(١)، وبين من ومن تكون هذه الحجية، وكيف يقدم كل دليل للمحكمة

== وليست اليين التهمة كاليمين الحاسمة، فللقاضي أن يبدل عن توجيهها إذا وجد ما يغيث عنها أولاً يأخذ بها بعد تأديتها، وإذا رفضها من وجهت إليه فليس من الحتم أن يحكم عليه في الدعوى (راجع الاثبات فقرة ٥١٠).

وهناك يمين أخرى وسط بين اليمين الحاسمة واليمين التهمة، وهي التي أوجب القانون على القاضي توجيهها لمن يدعى سقوط الحق في الدين بمضى ثلثة وستين يوماً فأقل (المادة ٢١٢ مدني) كما أوجب عليه الأخذ بنتيجتها، وقد سماها الأستاذ نشأت اليمين التهمة حتا يحكم القانون، لأن بها تم قرينة التخلص من الدين بمضى المدة وتصبح قرينة قاطعة كاملة (الاثبات فقرة ٥١١)

القرائن القانونية: ومن أبحاثهم في القرائن أنها نوعان: قضائية وقانونية. فالقضائية هي التي يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى وأحوالها، والقانونية هي التي يستنبطها الشارع من أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم اليومية في معاملاتهم كقرينة وجود سند الدين تحت يد المدين التي اعتبرها دليلاً على تخلفه من الدين، أو يقررها الفصلية العامة كقرينة قوة الشيء المحكوم به أو لضع التعايل على مخالفة حكم من أحكامه كقرينة البيع في مرض الموت التي اعتبرها دليلاً على أنه وصية. ولما كانت القرائن القانونية ليست في الواقع وسائل إثبات وإنما تعني من الاثبات (راجع نص المادة ١٣٥٢ من القانون المدني الفرنسي) كان على من يتسك بها أن يثبت وجودها وتوافر شروطها القانونية وكان على القاضي أن يأخذ بها ولو اعتقد عدم صحتها. أما القرائن القضائية فالقاضي هو الذي يستنبطها وهو حر في الأخذ وعدم الأخذ بها.

ومن المسائل الخاصة بالقرائن القانونية مسألة ما إذا كان يجوز للقاضي أن يعمم رأيه فيما يستنبطه من أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم اليومية في معاملاتهم فيجعله قرينة قانونية يوجب على نفسه الأخذ بها في القضايا المماثلة فيعني بناء على ذلك صاحب القرينة من الاثبات وبكلف خصمه باثبات عكسها. إن جمهور الفقهاء الفرنسيين متفقون على أن لا قرينة قانونية إلا بنس وعلى أنه لا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها، وخالفهم في ذلك بلانبول (جزء ٢ رقم ١٥ وتعليقه على حكم محكمة السين ٢٤ يناير سنة ١٩٠٦ (٩٠٧ د - ٢ - ١٧) ويقول في مطوله إن القضاء يأخذ أحياناً برأيه ويستفيد بهذا الحكم ويحكم آخر أصدرته محكمة ريو في ٣٠ يولييه ١٩٠٣ (٩٠٨ د - ٢ - ١٧٢) وقد بحث العلامة جيني هذه المسألة (فقرة ٢٣٥ من كتابه Science et Technique en Droit Privé Positif) فين كيف أن القضاء في ظروف كثيرة قد مد بعض القرائن إلى غير حدودها وفاس وضيق في بعض آخر، ثم قرر في ختام بحثه (ص ٣٣٠) أن النظر الفقهي لا يمنع الفقيه والقاضي من إقامة القرائن القانونية تفسيراً وتفيداً للقانون.

وليس في قانوننا نص كمنس المادة ١٣٥٢ مدني فرنسي يمنع من اتباع هذا الرأي. (١) إذا حدد القانون حجية الدليل وجب على القاضي قبوله والأخذ بنتيجته، وحكمه في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض. أما إذا أطلق له في قبول الدليل وفي الأخذ بنتيجته ==

وما طريقة تحقيقه^(١)، وما هي إجراءات هذا التحقيق ؟ ومتى يترتب البطلان على

== وعدم الأخذ بها كالتحقيق بالينة وبالفرائن القضائية فإن سلطته تكون موضوعية لا يخضع فيها لهذه المراقبة .

مجيء إيجابيات بالكتابة : والقانون هو الذي قسم المحررات إلى رسمية وعرفية وقرر لكل منها حجته وشروط هذه الحجية بالنسبة للعائدين وفي حق الغير ، فلم يشترط في المحرر العرفي إلا أن يكون موثقاً عليه من المترم ، ولم يجعله وحده دالاً على صحة صدوره من نسب إليه ما لم يقر به فإن أنكره وجب على من يملك به أن يثبت صحته ، وكذلك جعل تاريخه العرفي حجة بين طرفي العقد وورثتهم ولم يجعله حجة على الغير إلا إذا ثبت تاريخه رسمياً . أما المحرر الرسمي فقد اشترط القانون أن يكون قد حرره موظف عمومي أو مأمور رسمي مختص بتحريره بحسب القواعد الموضوعية لذلك (لوائح ترتيب المحاكم المختلطة والأهلية والشرعية لم تهيد توثيق العقود في هذه المحاكم بحدود اختصاصها القضائية بالنسبة للأشخاص) ومتى استكمل المحرر الرسمي في الظاهر هذه الشروط اعتبر صحيحاً ودليلاً قاطعاً على حصول التصرف الثابت به في حق الكل ، لا يستطيع أحد أن ينكر شيئاً مما جاء به لا محتوياته ولا التوقيعات الموقع بها عليه ولا حصوله أمام الموظف المحرر له في تاريخ تحريره ومكانه . أما ما اشتمل عليه تفصيلاً فينبغي التفرقة في ذلك بين ما يباشره الموظف بنفسه أو أئنته باعتبار أنه رآه أو سمعه وبين ما يرويه بناءً على أقوال العائدين مما لم يحدث في حضرته ، في الحالة الأولى تكون تلك البيانات حجة حتى يحكم بتزويرها بعد اتباع إجراءات الطعن بالتزوير وفي الحالة الثانية يكون المحرر الرسمي دليلاً في ذاته على صحة تلك البيانات ولكل من الطرفين أن يثبت عدم صحتها بغير حاجة إلى الطعن بالتزوير .

وفي القانون أحكام كثيرة أخرى تتعلق بالإثبات بالكتابة كأحكام التوقيع على يابض وحجية العقود الساترة والنقود المستورة والأوراق الكاشفة للتلجئة (الصورة) في حق المتعاقدين وغيرهم وغير ذلك ، وجميعها يجب على القاضي مراعاته والأخذ به ، وحكمه فيه خاضع لرقابة محكمة النقض .

وفي القانون كذلك أحكام تتعلق بمبدأ الثبوت بالكتابة ومنها : وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدني هل هي واردة على سبيل الحصر أم غير واردة (ن . م . م . ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ في أنها ليست على سبيل الحصر ، المحاماة س ١٦ رقم ٥٩ ص ١٣١) .

مجيء الاقرار القضائي واليمين الحاسمة : والقانون هو الذي بين شروط الاقرار وحجته ومتى يقبل التجزئة ومتى لا يقبلها ، كما بين أحكام اليمين القضائية وشروط اليمين الحاسمة وحجيتها وهل يمكن العدول عنها ، وأحكام رد اليمين والتكول عنه ومن يستفيد من اليمين ومن تنفيه اليمين ، إلى غير ذلك .

مجيء القرائن القانونية : والقانون كذلك هو الذي بين حجية القرائن القانونية بنوعها : الفاطمة التي لا تعجل إثبات ما يناقضها (كقرينة الملكية المستفادة من وضع اليد المدة الطويلة ، وقرينة قوة الشيء المحكوم به ، وقرينة العلم بالقانون بعد نفيه في الجريدة الرسمية) ؛ وغير الفاطمة التي تقبل إثبات ما يناقضها (كوجود سند الدين تحت يد المدين ، فإن للدائن أن يثبت أن وجود السند تحت يد المدين هو لبيب آخر غير تخلصه من الدين ، المادة ٢٢٠ مدني)

(١) قلنا فيما سبق أنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ بدليل قدم إليه من غير أن يمكن من ==

عدم مراعاة هذه الإجراءات بطلان ، ومتى يتعين التمسك بهذا البطلان

== وجه عليه هذا الدليل من مناقشته وإدعائه ، وهو ما يقتضيه حماية حق الدفاع . ولهذا إذا كان الدليل كنايةا فالتابع أن كل خصم يقدم مستنداته ثم يتبادل الخصوم الاطلاع على المستندات وأن المحكمة تمنحهم الأجل الذى يسمح لهم بهذا الاطلاع والاستعداد للرافعة ، فإذا حصل التسليم بصحة المستندات استخلصت منها المحكمة ما ينبغى أن توقع به الحكم ، وإن قام النزاع على صحة ورقة منها حققتها المحكمة متبعة الاجراءات المبينة في قانون المرافعات لاثبات صحة الورقة أو تزويرها (إجراءات تحقيق المخطوط ودعوى التزوير الفرعية) . ومن مسائل هذه الاجراءات اختلافهم فيما إذا كان يجوز أو لا يجوز الادعاء بتزوير الورقة التى سبق إنكارها وحكم بصحتها بعد اتباع إجراءات تحقيق المخطوط ، وكذلك فيها إذا كان يجوز هذا الادعاء بعد الاقرار بصحة الورقة أو لا يجوز ، فرأى جرسونه الجواز (جرسونه جزء ٢ رقم ٢٧٦ ص ٤٥٥ مستشهداً بنس المادة ٢١٤ مرافعات وباعتبارات أخرى ومستنداً إلى قضاء محكمة النقض ع . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٦٩ (١٨٦٩ - ١ - ٤٤٨) ورأى تيبه عدم الجواز (ج ٢ رقم ٦٢٦) (راجع العملى ص ٣٥٣ هامش ١ وأباهيف ص ٦١٣ هامش ٢٠١ وكلاهما رجع الأول) والمسألة فيها نظر في مصر .

أما إذا كان الاثبات بالبينة والتحقق فعلى الخصم أن يبين الوقائع التى يريد إثباتها في أقواله وطلباته المقدمة للمحكمة بالكتابة أو في الجلسة في أى حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف ولخصه أن تنازعه في تعلق تلك الوقائع بالدعوى وعلى المحكمة أن تفصل في ذلك فتأذن بالتحقق أو لا تأذن به ثم تجرى التحقيق على الوجه المبين بقانون المرافعات بالفصل الخامس بالتحقق بالبينة .

وعلى من يطلب تدب خير في أى حالة كانت عليها الدعوى أن يبين كذلك نوع العمل الذى يدعو الأمر للاستعانة برأى الخبير فيه ، وكذلك على من يطلب انتقال المحكمة للعناية أن يبين لها أثر هذا الانتقال في سير الدعوى ومتى حكمت المحكمة بتدب الخبير أو بانتقالها إلى محل النزاع انتهت الاجراءات المبينة بقانون المرافعات .

وكذلك على الخصم الذى يكلف خصمه بالبينة الحاسمة للنزاع أن يقدم صيغة البينة بعبارة صريحة واضحة ولخصه منازعته في ذلك ، ويجب على المحكمة عند الحكم بطلان الواقعة التى يراد التحليف عليها بالدعوى أن توجه البينة ثم تجرى التحليف متبعة ذلك أحكام الفصل الخامس بالبينة في قانون المرافعات .

وقد قررت محكمةنا « بأن أصل مراد الشارع بالمادة ١٦٩ من قانون المرافعات أن المحكمة إذا حكمت بتحليف البينة فهي تقتصر على مجرد الحكم بذلك مع بيان صيغة السؤال المراد التحليف عليه ثم تترك لمن يسه من الخصام السعى في تنفيذ هذا الحكم بإعلانه لخصمه وتحديد الجلسة لذلك . أما أن تعدد المحكمة من تلقاء نفسها ميعاداً لحلف البينة أملاً أو أن تعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم بالجلسة التى تحددها للتحليف فهذا خارج عما هو مفهوم من مجموع المادتين ونظام الاجراءات التى يريد الشارع بحسب الأصل اتباعه في مسألة الحكم بالبينة وتنفيذ هذا الحكم » . ولهذا حكمت بنقض الحكم الذى اعتبرت فيه محكمة الاستئناف من كان عليه الحلف ناكلاً عن البينة لعدم حضوره في اليوم الذى حددته في حكمها الصادر من قبل بتحليف البينة ==

وإلا سقط الحق فيه ؟ (١) . جميع ذلك وما إليه قواعد قانونية إن خالف القاضي

== وباعتبار النطق بالحكم إعلاناً له (ن . م . م ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة س ١٥ ص ١٢ عدد ٢٥٤ ومج س ٣٦ عدد ١٣٥ ص ٢٧٣) .

ولقاضي الدعوى كما قلنا السلطة التامة في تقدير الواقع المراد استجواب المحصم عنها أو المطلوب تخليفه المبين الحاسمة عليها أو تحقيقها بالينة أو بالقرائن أو بالانتقال إلى محل النزاع أو بأهل الخبرة ، وهو ليس ملزماً بالحكم بقبولها وتحقيقها أو استجواب المحصم عنها بل له أن يقرر أن تحقيقها غير متبع ، إما لترجيحه احتمال عدم إمكان إثباتها أو لأن ظروف الدعوى وما قدم فيها من الستندات وما استخلصه من أقوال المحصوم يضي عن التحقيق أو لأن طالب التحقيق لم يقدم أية قرينة تهرب احتمال تصديقه فيما يدعيه . وله كذلك أن يقضى برفض دعوى التزوير إذا تبين له أن الادعاء بالتزوير لا أساس له أو أنه أريد به السكيد وتأخير انفصل في الدعوى ، كما له أن يحكم بعدم صحة الورقة المنكرة أو برد وبطالان الورقة المدعى بتزويرها من غير تحقيق بل من غير ادعاء بالتزوير . (١) والقاعدة العامة في جميع إجراءات التحقيق بكافة طرقه أنه إذا كان الاجراء جوهرياً

فعدم اتباعه والتقصير فيه يقتضى البطلان بغير حاجة إلى نص في القانون . أما إذا كان غير جوهري فلا يقضى ببطالان الاجراء إلا بنس صريح . وإذا كان البطلان متعلقاً بالنظام العام فيجوز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وإذا كان البطلان متعلقاً بمصلحة المحصوم فلا يجوز لغير من له مصلحة منهم التمسك به ويجب الدفع به قبل الدخول في الموضوع ويسقط الحق فيه إذا وقف صاحبه إزاء التحقيق موقفاً يستفاد منه أنه قد اعتبره صحيحاً أو إذا قام بإجراءات تدل على أنه اعتبره صحيحاً كذلك . ومن ذلك : (١) أن المحكمة لا يجوز لها أن تأمر بالاستجواب من تلقاء نفسها ، ولا أن تستجوب غير أهل له من المحصوم ، ولا أن تستجوب المحصوم فيما لا يصبح الأمر بالاستجواب فيه ، ولا أجنبياً عن الخصومة ، فإن فعلت فإن استجوابها يكون باطلاً ولتلى المصلحة أن يدفع بالبطلان قبل أن يصدر منه ما يفيد التنازل عنه صراحة أو ضمناً . أما استحضار المحصوم للمحكمة أن تأمر به من تلقاء نفسها (راجع في ذلك وفي الفرق بين استجواب المحصوم واستحضارهم لسؤالهم : الضماوى وأبو حيف في البابين) . (٢) وبطل الحكم الصادر بالتحقيق إذا لم يبين الواقع القضائي إثباتها (المادة ١٨٢ مرافعات) أو إذا حكم بالتحقيق بالينة فيما لا يجوز إثباته بها . ويؤول هذا البطلان في الصورة الأولى بمحضور التحقيق والمضي فيه ، وفي الصورة الثانية بتنازل من له الحق في البطلان عن الدفع بعدم جواز الاثبات بالينة كما إذا قبل هذا الاثبات صراحة أو نفذ الحكم الصادر بالتحقيق بدون احتفاظ بحقه في الاعتراض عليه . (٣) وبطل التحقيق بالينة إذا لم يمر بمركز المحكمة المنظورة أمامها الدعوى (إلا في حالة ما إذا كان محل إقامة الشهود بعيداً عن البلدة الموجود فيها مركز المحكمة أو في حالة ما إذا كان للشاهد مانع يمنعه من الحضور لمركز المحكمة) أو إذا أجراه قاض لم تنتدبه المحكمة التي أصدرت الحكم بالتحقيق أو كان قد نذبه قاضي التحقيق ولم يكن هذا القاضي مأذوناً بنسب غيره ، أو إذا جرى التحقيق بغير إعلان المحصم باليوم والساعة الميعين لاستماع شهادات الشهود . (٤) وقد يجب التحقيق ما يؤثر فيه بجملة فيطل كنه ، وقد لا يفسد منه إلا بعضه كتحقيق الاثبات أو تحقيق التي أو شهادة شاهد أو أكثر لم تستوف في أدائها الاجراءات القانونية (كشهادة من لا تعيل شهادته لعدم التمييز أو لصغر ==

قاعدة منها أو أخطأ في تطبيقها أو في تأويلها كان حكمه محلاً للطعن بطريق النقض .
 وإذا ن فلا يجوز للقاضي أن يحصل فهم الواقع من غير طريق الخصوم ومن
 خارج الأدلة المقدمة فيها ، ولا أن يأخذ بدليل قدمه صاحبه في غير مواجهة
 خصمه ومن غير أن يتاح لهذا الخصم فرصة مناقشته وإدحاضه ، ولا بدليل قام
 في قضية أخرى لم يكن هذا الخصم طرفاً فيها ولم تتح له فرصة مناقشته كذلك .
 ولا يجوز له أن يعتمد على ما يحصله بفحصه الشخصي خارج الجلسة وبعيداً عن
 الخصوم ، ولا أن يقضى بعلمه ، ولا أن يأخذ بتحقيق أجراه غيره إلا إذا قدمه
 من أراد الاستدلال به واطلع عليه خصمه ومكنه من المناقشة فيه ^(١) .

== السن أو لئنه وكشهادة من لم يغلف التين وهو أهل لحلفها (فيكون البطلان لذلك كلياً
 أو جزئياً . (هـ) وتبطل أعمال الخير إذا لم يتم بدعوة الخصوم للحضور أمامه أثناء مباشرة
 العمل . ومن المفيد أن نختم هذا الهامش بإيراد ما ذكرته محكمة النقض المصرية في شأن بطلان
 أعمال الخير ليقاس عليه :

ومن حيث إن المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات (وقد عدت فيها بدم) وإن أوجب على
 الخير دعوة الخصم للحضور أمامه حسب القانون بغير أن ترتب جزاء ما إلا أنه ينبغي التفرقة
 بين مخالفة حكم هذه المادة بدم إجراء أية دعوة مالم للخصوم وبين دعوتهم للحضور بورقة
 أخرى غير ورقة التكليف على يد محضر . ذلك لأن مطلق الدعوة للخصم أية كانت وسيلتها هو
 إجراء جوهري قصد منه تمكين طرفي الخصومة من الحضور أمام الخير والدفاع عن مصالحهم
 عند قيامه بما عهد إليه من الإجراءات اللازمة لتتوّر الدعوى ، أما حصول هذه الدعوة بورقة
 من أوراق المحضرين فهو إجراء خادماً للإجراء الأول مقصود منه الاستيثاق من حصول هذه
 الدعوة بدليل يقيني . ومقتضى هذه التفرقة أن يكون الجزاء على عدم حصول دعوة مالم للخصوم
 هو بطلان أعمال الخير لما يترتب على ذلك من الإخلال بحق الدفاع الواجب صيافته في جميع
 مراحل الدعوى . أما حصول الدعوة بغير التكليف على يد محضر فلا يقتضي البطلان إلا إذا لم
 يطمئن القاضي إلى أن الدعوة بهذه الوسيلة لم تبلغ محلها الواجب تبلغها إليه . . . إلى
 أن قالت : « وحيث إنه متى كان المقصود من دعوة الخصوم للحضور أمام الخير هو تمكينهم من
 الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم أثناء مباشرة العمل في قضيتهم فانه ينبغي ألا تصح الدعوة — إذا
 تعدد المتنازع الخصم ما — إلا لهم جميعاً أو لمن يكون منهم متمكناً من الادلاء ببقائه . فان ترك
 الخير دعوة المتمكن ودعا غيره ولم يستطع كلاهما الحضور ترتب على ذلك الإخلال بحق الدفاع
 وكانت أعمال الخير باطلة وتقرّره باطلاً كذلك » (ن . م . م ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ الهامة سنة
 ١٣ رقم ٢٠ ص ٥٩ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٤٩ ومج س ٣٣ رقم ١٨٥ ص ٣٦٣)
 (١) بودرى ج ٣ تعهدات فقرة ٢٠٥٦ ص ٤١٨ و٤١٩ وجاروسني ج ٢ ص ٣٩٨
 وجلاسون وتيسيه ج ٢ ص ٦٥٩ وما بعدها والأحكام الكثيرة المبنية بهذه الصحائف .

٤٣ - (د) كلما كان الإثبات بالبينة والقرائن القضائية حراً^(١) لم يقيد القانون فيه القاضي بقيد ما غير وجوب مراعاة تقديم الدليل على الوجه الواجب تقديمه به وغير وجوب إجراء تحقيقه بالكيفية المبينة بقانون المرافعات ، فإن تحصيل فهم الواقع من الدعوى يكون حراً كذلك لارقابة فيه لمحكمة النقض إلا من ناحية عدم اتباع هذه القواعد والإجراءات الشكلية فحسب .

وعلى هذا لا يقبل الطعن في الحكم الصادر بإجراء التحقيق أو برفض طلب إجرائه إذا بنى على زعم أن الوقائع المراد تحقيقها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها أو غير متعلقة بها ولا منتجة فيها ، لأن اعتبار هذه الوقائع متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها أو غير متعلقة بها ولا منتجة فيها هو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى ولا دخل للقانون فيه^(٢) . أما إذا بنى القاضي حكمه برفض طلب التحقيق على أسباب قانونية ، كأن يقول إن الواقعة المطلوب إثباتها تحصيلها للإثبات المدعى به لا تكفي

(١) ومما يكون فيه الإثبات بالبينة والقرائن حراً المواد التجارية والمواد المدنية إذا كانت الواقعة مادية (وقائع وضع اليد — الحوادث الضارة — الجنح وأشياء الجنح) أو إذا كان ثمة رابطة من الروابط القانونية وكانت لا تزيد قيمة المدعى على ألف قرش أو إذا كان من عليه الإثبات قد منعه مانع مادي أو أدبي من الاستعصال على كتابة مثبته للدين أو للبراءة منه (المادة ٢١٩ من القانون المدني) . وتقريراً على هذه القاعدة تاءلوا بما إذا كان القاضي في تقريره وجود مانع أدبي أو عدم وجوده يخضع لرقابة محكمة النقض أو لا يخضع لهذه الرقابة ، فقال بعض إن هذه مسألة واقعية يقدرها القاضي بما جرى به العرف مرعياً فيها ظروف الدعوى ، وبعض قال إنها مسألة قانونية ، ومن أنصار الرأي الأول توليه وبودرى ويؤيده بعض أحكام أصدرتها دائرة المرافعات (بودرى ج ٤ تعهدات ققرة ٢٦٢١ وجلالسون وتيسيه ج ٢ ص ٦٧٣ و ج . ف ١٥ يونيو ١٨٩٢ (س) ٩٣ - ١ - ٢٨٣) وتطبق لايه عليه وحكم ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٨ (س) ٩١١ - ١ - ٨٩) ون . م . ج أول يونيو ١٩٢٦ الحماسة سنة ٧ رقم ٢٢٣ ، ومن أنصار الرأي الثاني (لوران ج ١٩ ققرة ٥٧٧ وليون كان فيما علق به على حكم ٢٧ مايو ١٩٠٧ (س) ٩٠٧ - ١ - ٢٠٩) ون . ف ١٣ أبريل ١٩١٠ (س) ٩١٠ - ١ - ٥٠١) و ج . ف ٢ فبراير سنة ١٩٢٠ (س) ٩٢٠ - ١ - ٢٦٠) . وقد حكمت محكمةنا بأن مسألة اعتبار الزوجة مانعاً أو غير مانع هي مسألة واقعية لارقابة فيها لمحكمة النقض حكم ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ الحماسة سنة ١٣ رقم ١٧ ص ١٥) (٢) ن . ف ١٥ مارس سنة ١٨٩٣ (س) ٩٥ - ١ - ١٧١) ومارتني بآخر هامش

قانوناً لإثباته ، فإن رأيه يكون خاضعاً حينئذ لرقابة محكمة النقض^(١) .
 كذلك لا يقبل الطعن إذا بنى على أن المحكمة لم تحكم في الدعوى بشهادة
 الكثير من الشهود ، أو على أنها حكمت فيها بشهادة شاهد واحد إذا كانت قد
 اعتقدت صدق هذا الشاهد ورأت أن شهادة هؤلاء لا تطابق الحقيقة التي اطمأنت
 إليها ، أو على أنها أخذت بأقوال شهود الإثبات (لأن اطراحها لأقوال شهود
 النفي معناه أنها لم ترف في شهادة هؤلاء ما يصح الركون إليه^(٢)) أو على أنها لم تبين
 الحكم إلا على قرينة واحدة^(٣) . ولا يجوز الطعن بخطأ الحكم في تأويل
 القرينة التي اعتمدت عليها المحكمة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى^(٤) ، ولا
 بقصوره عن بيان المستندات التي قدمها لإثبات هذه القرينة^(٥) . ولا يجوز الطعن
 بأن المحكمة قد اعتمدت على تحقيق قضائي قضى ببطالانه لفساد في شكله^(٦)
 أو على تحقيق إداري^(٧) أو تحقيق جنائي انتهى بصدر قرار بأن لا وجه لاقامة
 الدعوى العمومية^(٨) ، مادامت تلك الأوراق والمستندات قد قدمت للمحكمة
 تقديمًا صحيحًا في الوقت المناسب وما دام الخصوم قد مكثوا من الاطلاع عليها
 ومناقشتها . ذلك بأن كل هذه الأخطاء وما يشبهها لا تعتبر أخطاء في القانون ،

(١) أوبري ورو ج ١٢ ص ٨١ و ٨٢ وفأى ص ١٦٩ ومارتن ص ١٨٣ وهوامشها
 ومطول بلانيول في الالتزامات ص ٨٥ وجارسونيه ٢ ص ٣٧٥ والأحكام الكثيرة المشار إليها
 في هذه المراجع

(٢) ن . م . ج ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧)

(٣) أوبري ورو ج ١٢ ص ٣٨٦ هامش ٦

(٤) (س ٨١٥ - ١ - ٢٧٧) ويشترط في ذلك أن يكون التأويل مقولاً ومحملاً

(٥) أوبري ورو ج ١٢ ص ٣٨٦ حكم ٩ نوفمبر ١٨٩٨ (س ٩٠٠ - ١ - ٣٣٥)

إلا إذا تناقل الحكم عن ذكر المستندات الناقضة لتأويله

(٦) أوبري ورو ج ١٢ ص ٣٨٦ و (٩ - ١ - ٣٠١) حكم ٧ مايو ١٩٠١

(س ٩٠٢ - ١ - ١٣٥)

(٧) أوبري ورو ج ١٢ ص ٣٨٦ و ج ٢ إبريل ١٨٧٩ (س ٨٠ - ١ - ١)

(٨) (١١٦) و ج ٩ مايو ١٩٠٥ (٩٠٦ - ١ - ٢٦٧)

(٨) المرجع السابق ص ٣٨٧ وهوامش ٧ و ٧ مكررة

بل تعتبر من قبيل الخطأ الذى اصطلاح على تسميته بالخطأ فى فهم الواقع فى الدعوى (mal jugé) ^(١) .

٤٤ — وتطبيقات محكمة النقض المصرية للقواعد السابقة الذكر كثيرة ، فقد قضت : — ١ — بأنه إذا كان طلب تعيين الخير فى أية مسألة هو بأمل الحصول على دليل يفيد حسن نية التهم أو انعدام سوء القصد عنده ، فإن المحكمة غير ملزمة قانوناً بإجابة هذا الطلب إذ هى لها السلطة التامة فى تقدير الأدلة وفى عدم قبول أدلة أخرى اكتفاء بما لديها ^(٢) — ٢ — أن محكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على الطعون التى يوجهها الخصم إلى تقرير الخير المعين فى الدعوى مادام أنها قد أخذت بما جاء بهذا التقرير ، إذ أن فى أخذها بما ورد فيه دليلاً كافياً على أنها لم تجد فى تلك الطعون ما يستحق التفاتها إليه ، وهى فى تقديرها ذلك لا سلطان عليها لمحكمة النقض ^(٣) — ٣ — قاضى الموضوع السلطة التامة فى فحص مستندات الدعوى لاستنتاج ما يمكن استنتاجه عقلاً من وقائعها ، وإذن فلا مراقبة لمحكمة النقض على الحكم الذى يصدره — بناء على ما يستخلصه هو من المستندات المقدمة فى الدعوى — بأن الحوالة المدعى بها غير قائمة ، وأنه لا يجوز أن يترتب عليها أثر قانونى ^(٤) — ٤ — إحالة الدعوى إلى التحقيق

(١) ويشترك الحكم الخاطئ فى فهم الواقع فى الدعوى (le mal jugé) والحكم الذى به خطأ فى واقعة من وقائع الدعوى (l'erreur de fait) فى أن كليهما غير خاضع لمراقبة محكمة النقض ، ولكنهما يختلفان ، فى أولهما يخطئ القاضى فى تفسير وتحديد معنى العقود والأوراق والمستندات المقدمة فى الدعوى أو فى تقدير شهادات الشهود وقرائن الأحوال والجملة فى استخلاص ما يقرر ثبوته من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ؛ وفى الثانى يخطئ القاضى فى واقعة من وقائع الدعوى بتوهمها ويقرر أنها ثابتة بغيراً مجرداً عن دليله . وقد يعتبر هذا الخطأ مخالفة للقانون إذا سرى فساداً إلى نتيجة الحكم (كاربنتيه فقرة ٢٩٨٣ وما بعدها)

(٢) ن . م . م . ١٩ م . ١٩٣١ (الحاماة سنة ١٢ رقم ١١٩ من ٢٢٥ م . م . ٣٣ رقم ١١ من ٢١)

(٣) ن . م . م . ١٩ م . ١٩٣١ (الحاماة سنة ١٢ رقم ١٥٨ من ٢٩٢ م . م . ٣٢ عدد ٢٨٦ من ٣٨٤)

(٤) ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (الحاماة سنة ١٢ رقم ١٥٧ من ٢٨٨ م . م . ٣٢ عدد ١٨٨ من ٣٨٦)

ليست حقا لطلبها يتحتم على المحكمة إجابته إليها متى طلبها ، بل لما أن ترفض هذا الطلب إذا رأت أن إجابته غير منتجة ، وأن لديها من الاعتبارات ما يكفي للفصل في الدعوى ، حتى مع التسليم بصحة الوقائع المطلوب إثباتها . وهذا التصرف داخل في حدود سلطتها الموضوعية وليس فيه أى خروج على القانون ^(١)

٥ — تقدير ظروف الطعن بإنكار التوقيع وجديته وعدم جديته مما يدخل في سلطة قاضى الموضوع ^(٢) — ٦ — لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير قيمة عمل مطروح تقديره أمامها بدون رجوع إلى رأى خبير أو أوراق متعلقة بعمل مماثل ^(٣) — ٧ — استفاضة النزاع في وضع اليد من التškiيات والمعارضات الحاصلة من مدعى الملكية هي من المسائل الموضوعية المتروكة لمطلق تقدير قاضى الموضوع ، ولا هيمنة لمحكمة التقضى عليه فيما يقضى به ^(٤) — ٨ — محكمة الموضوع صاحبة الحق في تقدير خوى الدليل الجائز لها قانوناً الأخذ به ، فلها — اعتمادا على ما ورد في حجة وقف ما من الإشارة إلى حكر لمصلحته على أرض تابعة لوقف آخر — أن تقضى بثبوت هذا الحكر له ^(٥) — ٩ — لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه ، حتى مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر عليه ، متى تبين من ظروف هذا التصرف وملاساته أن المتصرف له

(١) ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحكمة س ١٢ رقم ٢٤٩ ص ٥٠٠ ومج س ٣٣ عدد ٥٧ ص ١١٦)

(٢) ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحكمة س ١٢ رقم ٢٥٤ ص ٥١٦ ومج س ٣٣ عدد ٣٢ ص ٥٨)

(٣) ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٤١ ومج س ٣٣ عدد ١٨٤ ص ٣٥٨)

(٤) ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ (المحكمة س ١٣ ص ٤٧ رقم ١٦ ، مج س ٣٣ عدد ١٨٨ ص ٣٦٨)

(٥) ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ (المحكمة سنة ١٣ رقم ٢١ ص ٦٣) و ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٦٣) و ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٦٨)

كان يعلم سفه المحجور عليه والإجراءات الجارية لتوقيع الحجر عليه ، وأنه على الرغم من ذلك تواطأ معه على إيقاع هذا التصرف له ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ هي به من القرائن التي أقنعتها بحصول هذا التواطؤ تحيلاً على القانون^(١) — ١٠ — لمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها أن المشتري قد نفذ الالتزامات التي ترتبت عليه بمقتضى عقد البيع بما لا يدع محلاً لقول البائع بانقضاء هذا العقد ، وسلطتها في ذلك تامة لارقابة لمحكمة النقض عليها^(٢) — ١١ — إذا استنبطت محكمة الموضوع تنازل أحد الخصوم عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه من عبارات صدرت منه صالحة عقلاً لإفادة هذا التنازل ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك^(٣) — ١٢ — إن تقدير ثمن ما تساويه العين المزروعة ملكيتها للنفعة العامة مسألة موضوعية ، فله محكمة الموكل إليها أمرها أن تستهدي فيها بما تطمئن إليه من تقرير خبير الدعوى والدلائل الأخرى المعروضة عليها ، ولها وحدها النظر فيما إذا كانت في حاجة بعد ذلك إلى الاستعانة برأى خبير آخر أو بأى إجراء من إجراءات التحقيق مثل الانتقال إلى محل النزاع أو غير ذلك^(٤) — ١٣ — إن محكمة الموضوع إذ تقرر ، معتمدة على بيانات شهادات التكليف وظروف الدعوى وأحوالها ، أن أصل هذا التكليف المختلف على دلالته لم يكن لاثبات الملك لمن هو باسمه ابتداء ، وإنما كان لإثباته لصاحبه ولغيره بالميراث ، فإنها إنما تفصل في أمر واقعي لا دخل للقانون فيه^(٥) —

(١) ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧٦ والمحاماة س ١٣ رقم ٣٤٠ ص ٦٩٠)

(٢) ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧٧ ، المحاماة س ١٣ رقم ٣٤١ ص ٦٩٢)

(٣) ٥ يناير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٧ ، المحاماة س ١٣ رقم ٤١٦ ص ٨٤٤)

(٤) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٠٧ ، المحاماة س ١٣ رقم ٤٩٤ ص ١٠٠٢) .

(٥) ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١١١ ، المحاماة س ١٣ رقم ٥٤٥ ص ١٠٩٦) .

- ١٤ — إن دلالة وجود أختام لتوفير ورقة على ثبوت تاريخ هذه الورقة هي — من جهة ثبوت كون هذه الأختام قد جبرت بعد وفاة أصحابها أم هي لم تجبر فعلا ، ثم استعملت بعد الوفاة في التوقيع على الورقة — مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع بحسب ما تراه من ظروف الدعوى وملاساتها^(١) —
- ١٥ — الفصل في كون الشيء مثليا أو قيميا يرجع إلى طبيعة هذا الشيء ونية ذوى الشأن فيه والظروف الملازمة ، فعلى أى وجه اعتبره قاضى الموضوع وبنى اعتباره على أسباب منتجة لوجه رأيه لا رقابة لمحكمة النقض عليه^(٢) —
- ١٦ — إذا حصلت محكمة الاستئناف من المستندات التى عول عليها الدائن فى إثبات دينه المطالب به أن واقعة الدعوى هي أن والد القصر هو المدين شخصيا وأن لا وجه لمساءلة القصر عن هذا الدين ، فلا رقابة فى ذلك لمحكمة النقض لأن الأمر فيه واقعى بحث^(٣) — ١٧ — إذا طلب أحد المستحقين من ناظر وقف تقديم حساب عنه فى مدة معينة فلا مانع يمنع الناظر من أن يعتمد على تقرير خبير سبق تعيينه فى دعوى مستحق آخر مبين فيه إيراد هذا الوقف عينه ومصرفه فى نفس المدة المرفوعة عنها دعوى الحساب وأن يقول إنه هو الحساب المطلوب منه ، وكل ما فى الأمر أن هذا التقرير لا يمكن أن يكون بذاته حجة على الخصوم . فإذا كانت المحكمة لم تتخذ هذا التقرير بذاته حجة عليهم ، بل كل الذى فعلته هو أنها راجعته ونظرت فيما إذا كانت أقلام الإيراد والنصرف هي أقلاماً حقيقية يمكن التعويل عليها أم لا ، ثم قررت بعد هذه المراجعة أن التقرير مبنى على أساس صحيح ، فذلك لا ييبس حكمها ، لأنها لا تكون قد قضت اعتماداً على هذا التقرير
-
- (١) ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١١٦ والمهامات س ١٣ عدد ٦١٤ من ١٢٠٣) .
- (٢) ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٧ والمهامات س ١٤ ق ١ عدد ٧٣ من ١١٧)
- (٣) ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ (المهامات س ١٥ ق ١ عدد ٣ من ٤ ومج س ٣٥ عدد ١٥٧ من ٣٩٥) .

وحده ، وإنما اعتبرت أنه هو الحساب المطلوب ثم نظرت في صحة ما فيه وقدرته تقديرًا تملكه هي لكونه من أمور الموضوع ^(١) — ١٨ — إذا قدم أحد الخصمين ورقة لإثبات أن الخصم الآخر هو الذي كان واضعاً يده على الأظيان في سنة كذا فوجدت المحكمة أن هذه الورقة غامضة العبارة فأجرت تحقيقاً لإزالة هذا الغموض ومعرفة حقيقة السنة المتنازع في وضع اليد فيها على الأظيان ، فإن هذا التحقيق من شأن المحكمة ما دام يستلزمه التفسير الذي هو من شأنها . وإذا قررت المحكمة بعد هذا التحقيق والتفسير أن الخصم القلافي هو الذي كان واضعاً يده على تلك الأظيان في السنة المتنازع على وضع اليد عليها فيها فإن هذا التقرير أمر موضوعي لا رقابة لمحكمة النقض عليه ^(٢) .

(٣) فائرة نسيب الوطاس في الرقابة على تطبيق هذه الفروع

٤٥ — ولا شك في أنك بعد إطالة النظر فيما أوردناه (متناً وشرحاً) جد عارف بأن قاضي الموضوع إذا كانت له السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من عيون الأوراق والمستندات والتحقيقات ، فإن لمحكمة النقض رقابة هذا الفهم من قبل ما وجب على القاضي فيه من الأخذ بقواعد الإثبات القانونية والسير في تحقيق الأدلة على الوجه المبين باتمانون . ولما كان لا سبيل إلى هذه الرقابة إلا من جهة أسباب الأحكام المطعون فيها كان حتماً مقضياً على قاضي الدعوى أن يسبب حكمه على الوجه الذي يقنع محكمة النقض أنه قد حصل منه فهمه غير مخطئ ، لا في نوع الدليل الذي قبله أو رفضه ، ولا في حجتيه القانونية ، ولا في طريق تحقيقه . وكل حكم لا يبين فيه القاضي كيف حصل فهم الواقع من

(١) ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٤ (الحاماة س ١٥ ق ١ عدد ٧٤ س ١٤٩ ومج س ٣٥ عدد ٢٣٣ ص ٥٨٤)

(٢) ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٦٥ والحاماة س ١٦ عدد ١١ ص ٢٨) .

الدعوى ولا ما كان دليلاً في تحصيله ، ولا ما الذى اتبعه في كيفية الاستدلال بهذا الدليل ، فإنه يكون حكماً خالياً من الأسباب أو لا أساس له من القانون (défaut de base légale) ^(١) كما يقول بعض الفقهاء ويقول محكمة النقض الفرنسية . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنه لا يصح لمحكمة الموضوع أن تعتمد على أنها انتقلت صوب العين المتنازع فيها بغير أن تبين — أو يتضح من أوراق الإجراءات — أنها انتقلت تنفيذاً لحكم أصدرته بالانتقال وأن الخصوم قد كلفوا بالحضور في اليوم والساعة المعينين لهذا الانتقال ^(٢) .

ولمحكتنا في بطلان الحكم لاستدلاله بدليل غير قائم في الواقع ، حكم أصدرته بتاريخ ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ في طعن كان محصله أن المبلغ المحكوم به قد أخذت فيه المحكمة بتقرير خبير كانت عينته المحكمة الابتدائية وكلفته بتصفية الحساب بين الطرفين بعد معاينة الأطيان وتقدير ريعها ، وأن الخبير ذكر في تقريره أنه عاين الأطيان ، ولكن الواقع الثابت من محاضر أعماله أن هذه المعاينة لم تحصل حسب أمر المحكمة ، فقبلت محكمة النقض هذا الطعن ، وقالت في أسباب حكمها إنه قد وضح لها أن الخبير لم يبين تقسيمه الأطيان إلى أجزاء مختلفة وتقديره لأجرة كل منها على معاينته الشخصية ، بل إنه ادعى وجود هذه المعاينة وهي دعوى مخالفة للواقع ، فالدليل المستفاد من المعاينة ، والذي أخذت به محكمة الموضوع ،

(١) مارتى ص ١٠٦ من ١٨٥ .

(٢) بودرى ج ٢ تهذبات ص ٤١٨قرة ٢٠٥٦ وهامش ٢ و ٣

وقد تساءل تيسيه عما إذا كان يجب على قاضى الدعوى — في القضايا التى يعتمد فيها على ما استخلصه من غير ما باشره هو نفسه من تحقيق — أن يبين أن الخصوم قد تمكنوا أو تناقشوا في مصادر ذلك أمامه ، أو حسه أن يشير إلى ذلك بغير تفصيل ، فأجاب بأن القضاء جرى على الرأى الثانى أحياناً ، وأن الرأى الأول هو الأصح عندما قال القاضى إنه ثبت له من الدلائل القديمة تقديماً شاملاً بحيث أكت وكيت حل حكمه على الصحة ، والسؤال مع ذلك مخلف عليها . (تيسيه ج ٢ ص ٦٦١ وهامش ٣ و ٤ و ٥) .

هو دليل غير قائم في الواقع ، ومتى استبعد هذا الدليل وهو الأساس الجوهري في الحكم أصبح خالياً من الأسباب الموضوعية والقانونية متميناً قصه^(١) .

(٤) فهم الواقع من أوراق المرافعات وغيرها من الوثائق الكتابية

ورقابة محكمة النقض

٤٦ - وإذا كان يتعين على محكمة النقض عند البحث في أسباب الطعن أن تتناول من قاضي الدعوى بالتسليم ، ما عسى أن يكون قد قرر ثبوته في الحكم من حاصل فهم الواقع في الدعوى بما له من السلطة التامة في تحصيله ، فإن هناك من الصور ما تكون فيه محكمة النقض مضطرة إلى الانصراف عن الحكم المظنون فيه والرجوع إلى أوراق الإجراءات والمرافعات ومختلف الدلائل الكتابية^(٢) لتتأكد بنفسها من قيام الوقائع الإجرائية أو المكتوبة المتنازع فيها أو من عدم قيامها ، ثم لتحكم بعد ذلك بقبول الطعن أو برفضه .

من ذلك ما إذا كان الحكم قد بني على إجراءات وقعت باطلة لخالفها قواعد القانون الواجبة مراعاتها في سير الدعوى *erreur in procédendo* . ففي هذه الصورة لا تستطيع محكمة النقض بداهة أن تتحقق من صحة خطوات قاضي الموضوع في نشاطه في سير الدعوى بالاطلاع على الحكم المظنون فيه ، إذ الفروض أن الخطأ وقع فيه سهواً من القاضي وأنه لذلك لم يعن بإظهار عمله في تلك الخطوة التي قطعها ونص على الخطأ فيها ، فمن المتعين أن ترجع محكمة النقض إلى أوراق الإجراءات لتعلم منها مبلغ المخالفة المدعى وقوعها^(٣) .

(١) ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٣٦ ص ١٣٣ والحامدة س ١٥ ق ١ عدد ١٧٣ ص ٣٣١) .

(٢) وسنشرح في فصل خاص سلطة قاضي الموضوع في تفسير المحررات والقود ومدى رقابة محكمة النقض عليه في ذلك .

(٣) مارتى ص ٩٠ وص ١٨٥ وهامش ٢ وقفاً بقرة ٦٢ وص ٩٠ .

ومنه ما إذ كان خطأ القاضى فى فهم الواقع فى الدعوى مترتباً على مخالفته لقاعدة قانونية تتعلق بحجية الأوراق والمستندات ومحاضر التحقيق وأعمال أهل الخبرة والإنذارات والشهادات الرسمية وغير ذلك من الأوراق المقدمة له ، من حيث وجوب الأخذ بالدليل على حقيقته وعدم مسخه بالخروج عن طبيعته وجوهره .

وفى الحق أنه ما دام القانون هو الذى يبين ما يجب أن تشتمل عليه أوراق المرافعات وغيرها من الأوراق والمستندات وسائر الأدلة الكتابية من البيانات لئلى تستكمل شكلها وحجيتها القانونية ، وما دام لا يحيد للقاضى عن الرجوع إليها فى احتوته لتحصيل فهم الواقع فى الدعوى منها فإنه يكون على محكمة النقض لحسم النزاع على حقيقة ما تحويه هذه الأوراق أن تراجعها هى بنفسها^(١) . ولا يقال إن النزاع يكون عندئذ على واقعة من وقائع الدعوى التى يكون قاضى الموضوع قد انتهى من التثبت منها على الوجه الثابت بالحكم ، أو على تفسير دليلها الكتابى المقدم فى الدعوى . لا يقال ذلك لأن هذا النزاع وإن كان يظهر بادية الرأى أنه واقعى أو متعلق بتقدير الأدلة المحصلة لفهم الواقع فى الدعوى ، إلا أنه فى الحقيقة قائم على مسألة قانونية هى : هل أخذ قاضى الموضوع بالورقة فى إثبات ما اشتملت هى عليه من عناصرها وأركانها المتنازع فى احتوائها عليها أم لا ، وإذا كان لم يأخذ بها فهل كان له فى ذلك سند آخر أقوى حجية منها ، وإذا كان قد أخذ بها فهل أخذ بها كلها أم مسخها عن طبيعتها وجوهرها^(٢) ؟

(١) مارتى فقرة ١٥٥ ص ٣٢٧ وفلى فقرة ١٧٩ ص ١٩٦ و ١٩٧ ، وتيسيه ج ٣ ص ٤٩٩ و ص ٥٠٠ إذ يقول إنه مما لا نزاع فيه أن لمحكمة النقض الحق فى مراجعة أوراق الاجراءات والمرافعات من الأحكام والذكرات ومحاضر الجلسات ومحاضر الخبراء ، لأن هذه المراجعة ضرورية لها للتثبت مما إذا كان قاضى الموضوع قد جرى فى تحقيق الدعوى على الوجه الصحيح المبين قانوناً أم خالف القانون — إلى أن قال : ومحكمة النقض أن تصحح الأغلاط الواقعية على مقتضى أوراق الدعوى (تيسيه ص ٥٠٠ وهوامشها) .

(٢) كلارنتيه فقرة ٢٩٨٠ — ٢٩٨٢ وبخاصة فقرة ٣٠٣٠ ومارتى ص ٢٩٧ و ص ٣٢٢ وهوامشها ، وأقرأ فى تقرير القاعدة حكيم . ف ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٦٤ (س ٦٥ — ١ — ٩) الذى جاء فيه أن قاضى الموضوع لا يعتبر أنه قد أخطأ فى فهم =

٤٧ — ولقد عقد المستشار (فاى) فى كتابه فصلاً بعنوان « الصور المستثناة من سلطة قاضى الموضوع Exceptions au pouvoir souverain »^(١) استهله

== الواقع فى الدعوى (mal jugé) غلب إذا كانت تفرقاته المتعلقة بهذا الواقع تخالف الثابت منها بمساهمة ما كان تحت نظره من المستندات حين إصداره الحكم المطعون فيه ، بل يعتبر أنه قد أخطأ خطأ قانونياً مؤثراً فى الحكم بسببه ويستوجب نقضه ، وراجع فقرة ٣٠٣١ وما بعدها من كاربنتيه الخاصة بمنح المستندات الرسمية (أحكام — تنبيه نزاع الملكية — ورقة استئناف) ثم فقرة ٣٠٣٧ الخاصة بالمحررات العرفية ، وفقرة ٣٠٣٩ فى حق محكمة النقض فى رقابة من المحررات العرفية غير القضائية حين تأخذ محكمة الموضوع بها بحرفه مسموكة ، وراجع ع . ف ١٨٥٦ (د ٥٦ — ١ — ٤٦٣) وراجع فقرة ١٠٣ من كتابنا ، ثم حكم بمحكمة فى ٢ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٠٣) وفيه أن من حق محكمة النقض أن تراقب ما إذا كانت محكمة الموضوع قد أغفلت الأخذ بالنصوص الواردة بالمستندات المقدمة لها وكان لها تأثير فى مصير الدعوى . فإذا ادعى بائع قطعة أرض لزوجه بقصد سجل ثمن معين أقر بقبضه ، أن هذا البيع هو فى الحقيقة وصية واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتري تبين له الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته ، وتصرح فيه بأنه فى حالة وفاتها قبله تعود ملكية المبيع للمبيع إليه ، وتمسكت هى فى دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بسد تاريخ الأقرار الصادر منها بمدة طويلة ، يتنازل لها فيها عن ريع الأطلان المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل ملغياً لتقليد الصلح بالملكية الوارد فى إقرار المشتري ومتما لعقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد غلت ملكية الرقبة والمنفعة إلى المشتري ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسابه تفسيراً لعقد البيع ولا لإقرار المشتري أو تنازل البائع ، وإنما هو وصف وتكييف للعقد أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه فى إقرار المشتري من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هى قبله . ويكون للمحكمة النقض تصحيح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذى لا خلاف على ثبوته ولا على دلالة قضايته وصية لا يمسحاً (المحاماة س ١٣ عدد ٤٩٠ ص ٩٩٢ ومج س ٣٤ عدد ١١٤ ص ٢٣٨) .

(١) فاى من فقرة ١٧٤ لفافة فقرة ١٨٦ ، وقد حكمت محكمة النقض المصرية بمحواز الطعن فى الحكم بمنح الشهادات للدونة بمحضر التحقيق والوقائع السلم بها فى الأوراق وبإثباتها مناقضة لمصادرها واستخلاص ما لا يمكن عقلاً استخلاصه منها . ولأهمية هذا الحكم نورد هنا تقريراً لقاعدته الهامة . قال : « حيث إن الذى جاء بالحكم المطعون فيه هو « وحيث إنه ثابت من محضر ضبط الواقعة المضموم أن سير الآلة البخارية المسماة بالبرقة أغلقت من موضعه فأصاب رقبة مورت السائقين قطعها ، ولا ينفلت السير بهذه الحركة العنيفة القبائية إلا إذا كانت الآلة مثقلة ، ولذلك يكون المشتأف عليه (الطاعن) قصر فى صيانة آلات مصنع من الحلل فنتأ الحادث ووجب عليه التعميش للورقة . وحيث إن الزعم بأن الحادث وقع بسبب محاولة مورت السائقين لإصلاح السير وإعادةه إلى مكانه دون أن يلجأ إلى توقيف الآلات كما كان يجب ، فهذا الزعم لا دليل عليه . أما قول (فلان) ومن عداه من العمال فى محضر ضبط الواقعة المضمومة فلا تأخذ بها هذه المحكمة لأنها استنتاجية ، إذ الثابت من أقوالهم أنهم لم يعرفوا ==

بذكر ما استقر عليه الاجماع من الاعتراف لهذا القاضى بالسلطة التامة في الثبوت من وقائع الدعوى وبأنه في تحصيل فهمه الواقعى منها غير خاضع لرقابة محكمة النقض ، ثم أردف ذلك بذكر الصور التى جرت بحكمة النقض والابرار الفرنسية على مد رقابتها إليها بطريق الاستثناء فقال إن هذه المحكمة قد جرت على الثبوت بنفسها من الوقائع الإجرائية (les faits procéduraux) بالاطلاع على أوراق الإجراءات (les actes de procédure) التى يكون الحكم المطعون فيه قد أشار إليها في الجزء المخصص منه لتدوين وقائع الدعوى ، وذلك عند الادعاء بأن ما جاء بالحكم المطعون فيه يخالف ما احتوته تلك الأوراق . كما جرت على مراجعة المحررات

الحادث إلا بعد وقوعه فضلاً وسقوط مورث المتأعنين قبلاً . فلا دليل إذن على وقوع خطأ من جانب هذا المورث ، ولذلك يمين إلغاء الحكم المتأف . . . وحيث إن قول الحكم المطعون فيه إن التحمل الضار في هذه الحادثة هو اغلات سير البريمة من موضعه بحركة عنيفة بغاية وأن هذا الاغلات الضيف الفجائى لا يكون إلا إذا كانت الآلة محتلة وكان السبب في اختلالها تقصير صاحبها في صيانتها هو قول لا مصدر له في محضر ضبط الواقعة ، إذ لم يرد به في أى موضع منه أن السير اغلت أصلاً بنف أو بغير عنف وأن علة اغلاته هي الحلل ، بل الذى جاء به لا يمكن أن يستخلص العقل منه ما استخلصه الحكم المطعون فيه . فقد جاء فيه على لسان فلان : « إن

التوفى كان طلع على السلم لبند السير لكيلاشع والسير كان راكب ولا زال راكب » وجاء على لسان المحقق أنه شاهد أثناء المباشرة أنه يوجد سلم مرمى بجوار الجثة ، وأن السير مركب في مكانه بدون اعوجاج ، كما جاء به أن المحقق علم أن التوفى كان يصلح سير الفريال فصدمه السير في رقبته ، وأنه لاحظ قطعة من جاكته معلقة في سير الفريال ، فأقصى ما يصح استنتاجه عقلاً من هذه العناصر هو أن سير الفريال لم يكن في موضعه الطبيعى وأن التوفى حاول رده إلى موضعه فصعد السلم بغير أن يوقف الآلات فأصيب ؟ وقد جاء تعلق جاكته بسير الفريال وبقاء السير في موضعه ووجود السلم بجوار الجثة ، كل ذلك جاء دالاً على أن لا اغلات لسير البريمة ولا محل للظن بأن هناك اغلاتاً ولا أن علة هذا الاغلات هي الحلل في الآلات .

وحيث إنه إذا كان لقاضى الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى من دلائلها المقدمة له تفهماً صحيحاً ، وأن لا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض ، إلا أنه متى أثبت لهذا الفهم دليلاً وهيلاً وجوده ، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص هذا الفهم منه ، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النقض لمخالفته لقواعد الإثبات القانونية . وحيث إن الحكم المطعون فيه قد اتحل للعادت الضار سبباً تقصيرياً لا يمكن استخلاصه عقلاً من عناصر التحقيق التى كانت أمام محكمة الاستئناف ، ولذلك يمين نقضه . (ن . م . م . ٧ مارس سنة ١٩٣٥ ، القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٣٥ والمهامات س ١٥ في ١ عدد ١٧٢ من ٣٣٠ ومع س ٣٦ عدد ١١١ من ٢٦٢) .

الرسمية وأوراق التراضي الذي يتم بين طرفي الخصوم أمام القاضى (contrats judiciaires) إذا قام النزاع على حقيقة ما اشتملت عليه ، وعلى مراجعة الأحكام إذا قام النزاع على توافر شروط حجيتها^(١) .

وإذا كان (فاى) قد اعتبر هذه الصور من قبيل الاستثناءات الواردة على أصل القاعلة التي اعترف فيها لقاضى الدعوى بالسلطة الكاملة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى ، فإننا نرى أن الاستثناء فيها ظاهرى فقط ، وأن الحق أن النزاع فيها هو على مسألة قانونية تتعلق بقواعد الإثبات بالكتابة وحجية المحررات الرسمية . وقد أشار إلى هذا ريتوار دالوز فى مستهل فصله الذى عقده لهذه الصور وغيرها فقال : إذا عنى القانون ببيان الأركان والشروط اللازمة لوجود أى عقد أو أى التزام أو أى تصرف قانونى ، فحسب المقد أو سند الالتزام أو التصرف أن يكون مشتملا على جميع عناصره وعيانه ليعتبر النزاع القائم حوله بين الطرفين نزاعاً فى مسألة قانونية يصح أن يخطئ القاضى فى فهمها وفى تحصيل فهم الواقع على مقتضاها ، وإذا أخطأ فمحكمة النقض تصبح مختصة بإصلاح خطئه .^(٢) وما قضت به محكمة النقض الفرنسية أن لها أن تراجع بنفسها محضر التحقيق للتحقق من صحة إجراءاته^(٣) ، ومحضر الجلسة للتأكد مما إذا كانت العبارات الواردة به تتضمن اعترافاً قانونياً أم لا تتضمن^(٤) وللتثبت مما إذا كان حق الدفاع قد أخل به ، وصحيفة الدعوى ومذكرات طرفي الخصومة لتحديد طبيعة النزاع أو لتحقيق الصفة التي اتصف بها الخصمان^(٥) أو لمعرفة ما إذا كان الخصم قد اعترف أم لم يعترف

(١) وعد من ذلك أوراق ربط الأموال وعوائد الكمارك والقود الحاضرة للفيد (فاى فقرة ١٨٣ و ١٨٣ مكررة) والحاضرة للتسجيل لمصلحة النير (فقرة ١٨٥) .

(٢) ريتوار دالوز فقرة ١٥٨٣ وما بعدها .

(٣) ج . ف ١٥ يونيو ١٨٦٨ (د ٦٨ - ١ - ٤٣٣) .

(٤) ن . ف ٢٣ مارس سنة ١٨٧٠ (د ٧٠ - ١ - ٤١) .

(٥) ن . ف ٣ فبراير سنة ١٩١٥ (د ٩١٩ - ١ - ٣٧) ون . ف ٢٩ يونيو

سنة ١٩٢٥ (س ٩٢٥ - ١ - ١٣٤) .

بمسؤوليته في دعوى التمييز المرفوعة عليه^(١) أو لتثبت من أن ما قيل في الحكم المطعون فيه ، من أن الخصم قد امتنع عن الإجابة عند استجوابه ، صحيح أم غير صحيح^(٢ ٣) .

وقد جرت الدائرة الجنائية لمحكمة مصر — مع اعترافها بسلطة قاضى الموضوع في استخلاص وقائع التهمة من جميع عناصر التحقيق وفي تقدير الأدلة القائمة على ثبوتها — على مراجعة أوراق الإجراءات والمرافعات (محاضر جلسات المحاكم الابتدائية والاستئنافية في مواد الجنح ومحاضر جلسات محاكم الجنايات وما إليها من المعائنات والكشوف الطبية وغيرها) كلما ادعى أن الحكم المطعون فيه قد خالف الثابت بتلك الأوراق وأنه قد ترتب على هذه المخالفة خطأ في تطبيق القانون يقتضى نقض الحكم . جرت على ذلك لتتحقق هي بنفسها مما إذا كانت محكمة الموضوع قد اعتمدت في ثبوت التهمة على أصل صحيح موجود أم لا ، فإن تبين لها أن محكمة الموضوع قد اعتمدت على دليل غير قائم وأن لا دليل لها غيره يستقيم به الحكم حكمت بقبول الطعن^(٤) .

(١) ن . ف ١٦ يولييه سنة ١٩١٢ (س ٩١٦ — ١ — ٦٢ ود ٩١٣

— ١ — ٢٨٣)

(٢) ن . ف ١١ فبراير ١٩١٨ (س ٩١٨ — ١ — ١٦٧)

(٣) ويقول مارتى : إن رقابة محكمة النقض الفرنسية في هذه الصوره من طراز آخر غير طراز رقابتها المعروفة بالرقابة على نسخ مائى العقود والأوراق (الى سائر الكلام عليها) لأن محكمة النقض في هذه الصور (رقابة الوقائع الإجرائية) تنظر بنفسها الورقة وتبحث فيها وفيما اشتملت عليه ، ثم قد تكيفها أحياناً وتعطيها آثارها وأحكامها القانونية ، وكأنها في ذلك درجة من درجات القضاء (مارتى آخر س ٣٢٨) . ولا محل لهذه الملاحظة في مصر لأن الرقابة التى تعدها محكمة النقض المصرية على الخطأ في تطبيق القانون تخول لها الحكم نهائياً بنهر حاله في المسألة القانونية المختلف عليها ، ولأن القانون يخول لها أيضاً ، متى رأت غش الحكم والدعوى سالحة ، أن تحسم النزاع برمته في الدعوى ، فهي بذلك لها بخصص حقها هذا أن تتحقق الواقعة الإجرائية المختلف عليها من عبور أوراقها ، ثم تكيفها ثم تنزل حكم القانون عليها مكيفة ؛ وبذا لا يكون في رقابتها هذه ذلك الشفوذ الذى لاحظته مارتى .

(٤) ن . م . ج حكم ٢ مايو سنة ١٩٢٩ وحكم ٢ يناير سنة ١٩٣٠ وحكم ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٢٤٤ ورقم ٣٦٧ ، ٣٩٢) .

وكذلك جرت الدائرة المدنية على مراجعة أوراق الإجراءات والمذكرات ومحاضر الجلسات وجميع المستندات التي تقدم إليها (متى لم تكن جديدة) لتقف منها على صحة ما اشتملت عليه من الوقائع الإجرائية تمكيناً لها من الرقابة على تطبيق القانون وتأويله^(١).

الفرع الثاني

في نشاط قاضي الدعوى في فهم حكم القانون وإزاله على مفهوم
الواقع في الدعوى وفي نظرية التكيف

(١) معنى التكيف والتطبيق

٤٨ - قد فصلنا في الفرع السابق مبلغ ما تقاضى الدعوى من الحرية والسلطان في استنباط حقيقة ما وقع من الأدلة والأمارات والعلامات، وقلنا إنه مع حريته التامة في تحصيل فهم هذا الواقع، مقيد باتباع قواعد الإثبات وطرق التحقيق وأنه ينبغي له أن يفصل هذا الفهم في حكمه بإيراد وقائع الادعاء والدفع وذكر ما قدمه كل خصم من الأدلة على صحة مزاعمه وما قبل من هذه الأدلة وكيف

(١) حكم ٣٠ يونه سنة ١٩٣٢ الذي رجعت فيه محكمة النقض إلى محاضر الجلسات وبعض أوراق الإجراءات للتحقق مما إذا كانت وفاة أحد الخصمين قد وقعت بعد تقديم الطلبات الختامية أولاً (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥٩ والمحاماة س ١٣ رقم ٢٧٨ ص ٢٧٥) وحكم ٢٣ يونه سنة ١٩٣٢ الذي رجعت فيه إلى تقرير خبير الدعوى ورسمه المرفق به لتأكيد ما جاء به من أن نقطة النزاع مخصصة للنافع المئوية على خلاف ما أثبتته المحكمة للطعون فيه فلا عنهما (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥٧ والمحاماة س ١٣ رقم ١٢٣ ص ٢٧٧) وحكم ١٦ يونه سنة ١٩٣٢ الذي رجعت فيه إلى محضر جلسة المرافعة لمعرفة ما إذا كان سبب الطعن جديداً أو سبق عرضه على محكمة الموضوع وإن لم يصر حكماً إنه (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥٦ والمحاماة س ١٣ رقم ١٢٢ ص ٢٧٤) وحكم ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ الذي رجعت فيه إلى أحكام كانت مقدمة لمحكمة الاستئناف وإلى محاضر أعمال آل الجيرة للدولة ملغضباتها في المذكرات التي كانت مقدمة كذلك لمحكمة =

جرى في تحقيق الدليل الذى قبله وما الذى قطع أخيراً بصحته وثبوته من وقائع الدعوى . ونقول الآن : إن القاضى متى أتمّ تحصيل فهم الواقع فى الدعوى فإنه يبحث عما يجب تطبيقه أى تنزيله من أحكام القانون على هذا الواقع . ولما كانت أحكام القانون مطلقات وعمومات تتناول أنواعاً وأعداداً من الحوادث لا تنحصر ، وكانت هذه الحوادث لا تقوم إلا بمعينة مشخصة ، ولكل معين منها خصوصية ليست فى غيره ، وليس ما به التمييز والامتنياز معتبراً فى الحكم بإطلاق ، ولا هو طردى بإطلاق ، فلا سبيل لتنزيل تلك الأحكام على هذه الحوادث إلا بعد معرفة بأن ذلك المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام ، وقد يكون هذا سهلاً وقد يكون صعباً ، وكله على كل حال نظر واجتهاد .

هذا الاجتهاد قد سماه علماء القانون « تكيف الواقع فى الدعوى » (la qualification des faits constatés) ويريدون به توخى معانى القانون فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى ، أى رد هذا الواقع إلى حكم القانون أو وضعه تحت عموم القاعدة القانونية المنطبقة هى عليه ^(١) . فتكيف القاضى حادثاً أو أمراً

== الاستئناف فتحققت منها جماً صحة ما ادعاه الطاعن من بطلان الإجراءات لعدم حصول دعوة الخبراء لمن كان يجب دعوته من نظار الوقف قبل مباشرة العمل (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٤٩ والمهامه س ١٣ ص ٥٩ رقم ٢٠) وحكم ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ الذى أوجت المحكمة فيه أنها راجعت محاضر الجلسات والمذكرات وتبينت منها أن الطاعن قد اعترض على تسيير سبب الدعوى أمام محكمة الاستئناف على خلاف ما أثبتته الحكم المطعون فيه (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٣٧ والمهامه س ١٥ ق ١٧٤٤ س ٣٣٤) وحكم ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ وقد راجعت فيه المحكمة محضر أعمال الخير وتبينت منه أنه لم يباين الأرض التى نذب لمبايئتها وتقدير أجرتها . (المهامه س ١٥ ق ١ س ٣٣١ والقانون والاقتصاد س ٥ رقم ٣٦) .

(١) وقد سماه الشاطبي تحقيق الناط (المواقات جزء ٤ ص ٤٧) ومن أمثلته التى ذكرها قوله : ومن القواعد القضائية البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، فالقاضى لا يمكنه الحكم فى واقعة بل لا يمكنه توجيه الجواب ولا طلب المحصوم بما عليهم إلا بعد فهم المدعى من المدعى عليه وهو أصل القضاء ، ولا يمين ذلك إلا بنظر واجتهاد ورد الدعاوى إلى الأدلة ، وهو تحقيق الناط بينه — وهناك ضربان آخران من الاجتهاد هما تنقيح الناط وتخريج الناط ، فتصبح الناط أن يكون الوصف المعتبر فى الحكم مذكوراً مع غيره فى النص فيتقبح بالاجتهاد ==

أو عقداً أو تصرفاً هو تسميته إياه باسم قانوني يحصل به ما يسمى هذا الاسم من آثار وأحكام قانونية . فتكليف ما يقع من أخذ مال الغير بغير حق هو تسميته بأنه سرقة أو تبديد أو خيانة أمانة أو نصب ، ليطبق على الآخذ مادة العقوبة التي يستحقها على قتلته مسماة بالاسم الذي تستأمله من أسماء هذه الجرائم . وتكليف الاستصناع بأنه إجارة ابتداء وبيع انتهاء إنما هو لتجرى عليه أحكام هذين العقدين ابتداءً أو انتهاءً كذلك . وبهذا المعنى قيل : إن الفقهاء مختلفون في تكليف الوقف ، فمنهم من جعله نوعاً من الصدقة فألحقه بها واقتبس له من أحكامها ، ومنهم من قاسه على العتق فاستعار له ما يليق به من أحكام العتق ، ومنهم من جعله كالعارية في عدم اللزوم وجواز الرجوع فيه ، ومنهم من جعله باطلاً بناءً على ما استقر في نفسه من تكليفه وما ثبت عنده من أدلة الشرع ^(١) (١) مكرر .

== حتى يميز ما هو معتبر وما هو ملغى ويمثل له بحديث الأعرابي الذي قال : « واقمت أهلي في رمضان » ، فقال له صلى الله عليه وسلم : « اعتق رقبة » فان أبا حنيفة ومالكاً حذفوا خصوص المواقعة وأنما الكفارة بمطلق الإفطار كما حذف الشافعي غيرها من أوصاف المثل ككون الواطئ أعرابياً وكون الموطوءة زوجته وكون الوطء في وأنما الكفارة بالمواقعة ، أما تخريج الناطق فهو إبداء ما ينط به الحكم ، أي استنباطه وتعيينه بإبداء مناسبة بينه وبين الحكم مع الاقتران بينهما والسلامة من القوادح كاستنباط الاسكار في حديث مسلم « كل مسكر حرام » بالنظر في الأصل وحكمة وضعه فان مجرد النظر يعلم منه أن الإسكار لإزالة العقل المطلوب حفظه مناسب للحرمة ، وقد اقترن بها وسلم من القوادح (الشاطبي هامش ٢ ص ٥٠ و ٥٩)

(١) التزام التبرعات للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٦٧٤ مجلة القانون والاقتصاد .
(١ مكرر) ولنظرية التكليف أهمية عظمى — في فقه القانون الدولي الخامس — لمعرفة القانون الذي يأخذ به القاضي ليجد مقتضاه طليمة المسألة المروضة عليه ليتمكن من معرفة القاعدة الدولية التي تطبق عليها ، ومن ثم القانون الذي يفصل في موضوعها . مثال ذلك : زواج تم في إنجلترا بين فرنسي وإنكليزية ، كان على الزوج أن يأخذ إذن والديه قبل الزواج طبقاً للقانون الفرنسي ، ولكنه لم يفعل لأن الإذن غير واجب في إنكلترا بلد العقد ، بينما في فرنسا يعتبر عدم الحصول على الإذن قصفاً في أهلية الولد للزواج فهو إذن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية . ولكن في إنكلترا تعتبر مسألة الإذن وعدمه مسألة متعلقة بشكل عقد الزواج لا بالأهلية للزواج . فاذا رفع الأمر للقاضي فاذا اعتبرها وبأى قانون يكيفها ؟ ولاختلاف قواعد التكليف في كل دولة نرى المحاكم الفرنسية تفضي بيطلان هذا الزواج لأن النقص في الأهلية يحكمه قانون الجنسية ==

٤٩ — وإن نكل لك معرفة التكيف حتى تضرب لك فيه مثلاً :

باع إنسان لآخر خسين قنطاراً من القطن يأخذها يوم كذا من مخزنه القلاني بثن قدره كذا للقنطار الواحد ، ثم احترق الخزن بما فيه قضاء وقدرًا قبل موعد التسليم ، فاختلف المتبايعان فيمن يكون عليه ضمان هذه الصفقة ، أيكون الضمان على البائع فلا يكون له حق في الثمن ، أم يكون الضمان من المشتري فيقضى عليه بالثمن ولو لم يتسلم المبيع ؟ فالتقاضى متى ثبت من حصول البيع بظروفه وشروطه يتعين عليه — للحكم فيمن يكون هلاك المبيع من ضمانه — أن يبحث أولاً عن أى نوع من أنواع البيع يمكن إدخال صورة الدعوى تحت عمومه : أيكون هو بيع عين معينة أم بيعاً جزافاً أم بيعاً بالوزن . وبحته هذا هو التكيف بعينه ، وظاهر أنه كله اجتهاد في القانون لا يقع له إلا بتعرف أنواع هذه البيوع وإدراك ما بين بعضها وبعض من فروق .

هذا ومتى أتم القاضي تكيف فهم الواقع على مقتضى القانون ، تناول القاعدة الواجب تطبيقها من مصادرها القانونية ، ثم أنزل حكمها على حاصل ذلك الفهم مكيفاً ، وهو اجتهاد آخر في القانون . ففي المثل المتقدم الذكر متى فرغ القاضي من اعتبار صورة الدعوى صورة بيع بالوزن ، أى بعد أن يكون كيفها بهذا الكيف ، فإنه يبحث في القانون عن حكم هلاك المبيع في هذا النوع من البيوع فيجده منصوصاً عليه في المادة ٢٤١ من القانون المدني فيقرر أن الهلاك هو على البائع ، ثم يقضى برفض دعواه .

مثال آخر : في قضية تتعلق بمسيحي تصرف تصرفاً اختلفت ورثته في تكيفه ، وانحصر النزاع لدى محكمة الاستئناف فيما إذا كان هذا التصرف --

== وهو القانون الفرنسي ، في حين أن المحاكم الانكليزية تضي بصحته لأن مسألة الاذن وعدمه من المسائل المتعلقة بشكل عقد الزواج التي يحكمها قانون محل حصوله وهو القانون الانكليزي . وقد اختلف في القانون الذي يختص به يكون التكيف (راجع في كل ذلك الزيني فقرة ١٧١)

على الرغم مما جاء به من الفاظ المبهمة والوقف والتأييد والاستبدال والإدخال والإخراج والتعديل في الوصية ، وكيف يختار القيم وكيف يعزل ، وما جاء به من أحكام لا تذكر ولا تتصل إلا بالأوقاف — يعتبر وصية أم يعتبر وقفا ، وقضت محكمة الاستئناف بأنه وصية على ما رآه المجلس الملى من قبل . فطعن بعض الورثة في هذا الحكم لدى محكمة النقض وكان من طعنهم أن المسألة مسألة تكيف صرف كان ينبغي لمحكمة الاستئناف معالجة حلها ابتداء لتحديد الاختصاص ثم لتعيين القانون الواجب اتباعه في الدعوى ، وأن محكمة الاستئناف إذ أهملتها وعملت فيها على غير مقتضى تكيفها الصحيح ، تكون قد أخطأت في تطبيق القانون . لذلك بحثت محكمة النقض فيما إذا كانت المسألة المختلف عليها هي مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، فيكون المجلس الملى هو المختص بالفصل في النزاع على اعتبار التصرف وصية أم هي من مسائل الأحوال العينية التي يحكمها القانون المدني الذي هو قانون موقع العقار فيكون التكيف والتطبيق على مقتضى هذا القانون — بحثت في ذلك وانتهى بحثها إلى أن المسألة المتنازع فيها لا تتعلق بأحوال الموصى الشخصية ، وإنما تتعلق بالحقوق العينية التي رتبها على ماله ، ثم كيفتها على مقتضى القانون المدني فتتمحض التصرف لبيها إلى أنه وصية بوقف ويجب في مثله تطبيق أحكام وقف المريض مرض الموت ^(١) .

٥٥ — ولما كان نشاط القاضي في تطبيق حكم القانون على فهم الواقع مكيافاً لاختلاف في أنه اجتهد في القانون ، والخطأ فيه يقع إما بمخالفة القاعدة القانونية المنطبقة أو بالخطأ في تأويلها أو بالصدول عنها إلى قاعدة لا تنطبق ، فلا وجه لإطالة الكلام فيه في هذا الفصل المقنود خاصة لإجمال القول في التكيف . والتطبيق .

(١) ن. م. م. ٢١٠ يونه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٦٨ ص ٢١١ والحامدة ص ١٥ ق ١ ص ٨٤ وما بعدها) .

أما نشاط القاضى واجتهاده فى مرحلة التكيف فيه فله كثير يستحق الشرح والتفصيل .

(٢) النظريات المختلفة فى التكيف

٥١ — نظرية الرئيس باريس وأتباعه : قد بقى التكيف — مع ما رأيت من أهميته — غير معنى به العناية التى يستأهلها حتى قرأ الرئيس باريس Barris (رئيس الدائرة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية من سنة ١٨١٦ إلى سنة ١٨٢٤) على هيئة المحكمة مذكرة^(١) له أبان فيها عن رأيه فى التكيف فى جريمتى القذف والسب ، قسم الجرائم إلى جرائم قد عرفها القانون كالسرقة ، وأخرى لم يعرفها القانون كالقذف والسب وهتك العرض ، ثم أخضع التكيف فى الجرائم الأولى لرقابة محكمة النقض وأخرج جرائم القسم الآخر عن هذه الرقابة .

ومنذ أبدى هذا الرأى ظهرت فى الفقه الجنائى نظرية التمييز بين الجرائم التى عرفها القانون وبين الجرائم التى لم يعرفها (La théorie de la distinction des infractions définies et non définies par la loi) كما ظهر فى الفقه المدنى نظرية الألفاظ التى لم يحدد القانون معانيها والألفاظ التى حدد لها معانيها (La théorie de la distinction des notions définies et non définies par la loi) فكان من دعائها بعد الرئيس باريس ، مع تحوير خفيف ، النائب العام مرلان^(٢) Merlin والمستشار برويه Broé والنائب العام ديبان Dupin^(٣) والأستاذ شينون Chénon^(٤) ، وكان من المعارضين لها

(١) نشرت هذه المذكرة فى ربرتوار دالوز جزء ٧ ص ٣٠٦ فقرة ١٢٢٤ وقد ترجمها الأستاذ مرقس فهمى الحامى وأورد ترجمته فى مقال نشر بالمحكمة سنة ١١ ص ٢١٧

(٢) ربرتوار Merlin تحت كلمة Société فقرة ٢ من الفرع الثانى والفصل الثانى .

(٣) راجع تقرير المستشار ومرافعة النائب فى قضية جازيت لانجيدوك L'Affaire Gazette de Langedoc (س ١٨٣٤ — ١ — ٣٨٥ وما بعدها) ومرافعة النائب ديبان فى قضية جازيت دى ميتز L'Affaire Gazette de Metz (س ١٨٣٢ — ١ — ٨١٨) .

(٤) رسالته Origines, conditions et effets de la cassation

شوفرون^(١) وجارو^(٢) وجارسون^(٣) ومارتى^(٤) .

ومحصل هاتين النظريتين أن الشارع لم يجرى في وضع الألفاظ القانونية على وتيرة واحدة ، فبينما تراه يتعرض للتحديدات الاصطلاحية كتمرضه لتعريف السرقة والبيع والإجارة ، تراه أحياناً آخر يسوق الضوابط القانونية بغير تعريف مكتفياً فيها بما ترسمه عند السامع أو القارىء من صور المعانى كسوقه جريمة هتك العرض والسب والافتراء وألفاظ السبب والأجل والتقصير وغير ذلك^(٥) . وما دامت محكمة النقض لا تختص إلا بالقضاء بنقض الأحكام المخالفة لصريح القانون ، وما دام التكييف هو رد الواقع الثابت في الدعوى إلى حكم قاعدة قانونية تناسبه وتنطبق عليه ، فذلك للمفايزة في وضع الألفاظ القانونية بالتعرض لها بالتحديد أحياناً وبترك التحديد أحياناً آخر ، يجب أن تدل على أن للشارع فيما تعرض له بالتحديد والتعريف مقصوداً هو لفت القاضى إلى ما يكون في المعروف من الضوابط القانونية حتى يتحررها عند التكييف وتطبيق القانون ، أما فيما لم يتعرض له بالتحديد فلا بد أن يكون مقصوده هو ترك التكييف فيه إلى ما يدركه القاضى نفسه من معناه . قالوا : ويترتب على هذه المفايزة أن اجتهاد القاضى في التكييف فيما لم يتعرض له الشارع بالتحديد والتعريف يصبح كله واقعياً لا تراقبه محكمة النقض بحال ، إذ كيف يصح في النظر — كما يقول الرئيس بارس — أن يعتبر القاضى أنه قد خالف القانون فيما لم يعرفه له القانون . أما اجتهاده فيما تعرض له الشارع بالتحديد الاصطلاحى فإنه يبقى اجتهاداً في القانون يخضع فيه لرقابة محكمة النقض .

(١) رسالة Du pouvoir de Contrôle de la Cour de Cassation sur la Qualification Criminelle

(٢) تحقيق الجنائيات ج ٥ رقم ١٨٠٢ وما بعده .

(٣) في شرح قانون العقوبات وتحت كل فصل عقده تحت كل مادة بنون :

Constation Judiciaire et Cassation

(٤) من ص ١٩٠ وما بعدها .

(٥) اقرأ في كتب أصول الفقه الإسلامى مبحث الأسماء الفرعية كلفظ الصوم والصلاة

والزكاة والايان (الأمدى ج ١ ص ٤٨ وما بعدها)

٥٢ — نقر هذه النظرية : ولم يتراخ أكثر فقهاء القانون في نقد هذه النظرية منذ ظهورها فقال معارضوها منهم : إن التمييز بين الألفاظ القانونية على أساس تعرض الشارع لبعضها بالتحديد الاصطلاحي وعدم تعرضه لبعض آخر ، لا يقوم في النظر على أساس صحيح ، لأن الألفاظ قد وضعت بين الناس للتعريف والدلالة على ما في نفوسهم ، فإذا أراد أحدكم شيئاً عرف مراده بلفظه . والشارع كسائر الناس يقصد بما يجري به لسانه ما يقصده سائر الناس من المعاني التي يجري بها العرف ويتفاهم عليها اصطلاح^(١) . فتنى رتب أحكامه على تلك المقاصد والإرادات بواسطة الألفاظ فكل لفظ ورد بالقانون له معناه المعروف ، سواء قد عرف تعريفاً فنياً أو لم يعرف . وإذا استعمل القانون لفظ « وقاع المرأة » ولفظ « هتك العرض » وألفاظ القتل والسب والإهانة والافتراء ، أو استعمل لفظ « المنطل » « والهبة » « والسب » « والأجل » « والاستحقاق » « والتعرض » « والإسقاط » « والإبراء » « فسا ذلك إلا ليدل على المعاني المتبادرة للذهن من هذه الألفاظ أو على المعاني المعروفة في فقه القانون واصطلاحه^(٢) . وإذا صح ذلك وهو صحيح فليس في الألفاظ القانونية ما يقال حقاً إنه غير معرف قانوناً .

(١) الفقهاء الإسلاميون قد أخذوا كثير من العلماء الألفاظ العربية وأطلقوها على مدلولات خاصة ، كما فعل النحاة بالفاعل والمفعول والمبتدأ والخبر والمجر والمجرور والاشتغال والنازع ونحو ذلك من ألفاظ كان يستعملها العرب في مدلولات عامة ، فأخذها النحاة ووضعوها لمصطلحات . حتى أن العربي الفصح لم يكن ليفهمها في معاني النحاة ، وهكذا الشأن في البلاغة والعروض والفلسفة والفقه .

(٢) ولا مانع إذن من تنقيح الفقيه أو القاضي من وضع التعاريف القانونية للألفاظ التي لم يكن القانون يترجمها . ومن ذلك أن محكمة النقض الفرنسية قد قتلت كثيراً من الألفاظ من معانيها الناعمة إلى المعاني القانونية الخاصة ثم وضعت لها تعاريف خاصة . فعرفت : الحيوان المستأنس الوارد ذكره بالمادة ٤٥٢ من قانون العقوبات المقابلة لمادة ٣١٢ من قانوننا بأنه الحيوان الذي يعيش ويتفدى ويتربى ويتزوج تحت عين الإنسان وفي كنفه (ن . ف . ج ١٤ مارس ١٨٦١ س ١٨٦١ — ١ — ١٠١٢) وقدرن . ف . ج ٨ أبريل سنة ١٩٢٢ (س ١٩٢٢ — ١ — ٣٩٣) وتعلق الأستاذ رو الذي أحصى التعاريف التي وضعت للفظ « الحيوان المستأنس » . وسرى في موضوع آخر ما قامت به محكمة النقض المصرية من وضع تعاريف لألفاظ كثيرة لم يعرفها القانون .

ثم إذا أريد بالتعريف أن يقوم الشارع بالتحديد الاصطلاحي على وجه يبرز لك صور جميع المعاني التي يمكن أن تشملها الألفاظ أو العبارات القانونية ، فليس في القانون ما يصح أن يقال إنه قد عرف هذا التعريف . فجريمة السرقة التي يقول الرئيس (باريس) إنها أولى الجرائم التي عرّفها القانون هي عند مخالفة غير معرفة حقاً ، لأن تعريفها بأنها « اختلاس مال منقول لملك الغير » ليس بالتعريف الشامل الجامع لكل ما يتألف منه معناها ، بل هو لا يعدو ما ورد بمعجم اللغة ، ولا يزال القاضي بعد بحاجة إلى معرفة ما هو « الاختلاس » وما « المال » وما « المنقول » وما معنى كونه « مملوكاً للغير » وإذا عرف ذلك فهو في حاجة إلى معرفة ما « الليل » وما « السلاح » وما « الإكراه » وما « التهديد » وغير ذلك من ظروف التشديد في السرقات ، لحل جميع المسائل القانونية التي تعرض في العمل وتبلغ الصعوبة فيها حداً دونه ما يعانیه في حل المسائل التي تعرض له في تكييف الواقع في جريمة وقاع المرأة أو هتك العرض أو السب أو الإهانة أو أية جريمة أخرى لم يتناولها القانون بالتحديد الاصطلاحي . ذلك لأن القاضي لا يقوم في السرقات بإجراء تكييف فهم الواقع منها وإدخاله تحت هذا التعريف المتقدم الذكر بقياس واحد تكون كبراه « كل من اختلس مالا منقولاً مملوكاً للغير يعد سارقاً » وتكون صفراء « أن المتهم قد أخذ بقصد الاختلاس كذا المملوك لغيره » لأن شرط إنتاج هذا القياس أن تكون صفراء مسلمة ككبراه ، وهي لن تكون كذلك إلا إذا كانت نتيجة لأقيسة أخرى يقابل فيها أخذ المال بالاختلاس ومطلق المال المأخوذ بالمال المنقول المختلس ثم بالمال المنقول المختلس المملوك للغير . وظاهر أن القاضي لن يستطيع إجراء هذه الأقيسة إلا إذا عرف له القانون الاختلاس ثم المال المنقول ثم المال المملوك لغير السارق . وإذن فهو إما أن يجري التكييف في هذه العناصر كما يجريه في الجرائم الأخرى التي لم يتناولها القانون بتعريف ما فيصحب التكييف كله في جريمة السرقة تكييفاً واحداً وإما أن يجري في تكييفها

على ما يقول الناقدون من الرجوع إلى قه القانون وحينئذ لا تكون ثمة فائدة من تسمي الجرائم إلى معرفة وغير معرفة ، وما دام الواقع أنه لا مفر من أحد قولين : فإما أن يقال إنه لا وجه للتمييز بين الألفاظ والعبارات التي عرفها القانون وبين التي لم يعرفها وإذن يصير التكييف كله — وهو رد فهم الواقع إلى حكم القانون — اجتهداً في القانون يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض ، وإما أن يقال إن هذا التمييز يجعل التكييف كله واقعياً داخلاً في سلطة قاضي الموضوع وهو ما لم يقل به قائل .

ويضيفون إلى هذا النقد أن الرئيس باريث كان على نوع ما متأثراً في رأيه بقانون تشكيل محكمة النقض وما سبقه من القوانين التي تشير كلها إلى أن لا طعن جائزاً أمام محكمة النقض إلا إذا كان مبناه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون مخالفة صريحة . فأما وقد مدت هذه المحكمة رقابتها إلى الخطأ في تطبيق القانون وتأويله واتسع لها المجال في تعريف ما لم يعرفه القانون من الألفاظ والعبارات فقد أصبح متعيناً إهمال هذه النظرية وعدم الأخذ بها .

٥٣ — والمستشار برويه Broé والنائب العام ديبن Dupin رأى آخر في تسمي الألفاظ القانونية ، محصله أن بعض هذه الألفاظ التي رتب الشارع أحكامه على مدلولاتها يمكن تعريفه نظرياً ولو لم يتناولوه هو بالتحديد الاصطلاحي كالتسور (L'escalade) والشروع في الجريمة (la tentative) وبعضاً آخر كالسب والإهانة والافتراء والتعريض على الفجور (offence, outrage, excitation a la débauche) لا يمكن تعريفه تعريفاً نظرياً ابتداءً ، وإنما يستطيع القاضي الإلمام بمعناه وتقديره في كل قضية تقديرأ أدبياً ، بشعوره الخاص . وإذن فتقدير فهم الواقع في الدعوى وتكييفه بحكم القانون يكون بالنسبة للنوع الأول من الألفاظ عملاً قانونياً (une appréciation juridique, un travail disintéressé d'un juris-consulte) يخضع القاضي فيه لرقابة محكمة النقض . أما بالنسبة للنوع الآخر فتقدير والتكييف

يكون تقديراً أدبياً (une appréciation morale) لا يقع تحت هذه الرقابة^(١)

٥٤ — ويتصل بهذا الرأي رأي شينون، وحاصله أن من الألفاظ مالا يكون على القاضي في تكليف فهم الواقع على موجه سوى التحقق من قيام مدلوله في الوجود (و يمثل له بكون الوصية يجب أن تكون مكتوبة بيد الموصى، وبالطمي alluvion وبالمولود حديث العهد بالولادة (un nouveau né) ومنها مالا يمكن التكليف على موجب مدلوله إلا بعد تقدير القاضي لظروف هذا الدلول تقديراً شعورياً أدبياً ويمثل له بالإهانة الشديدة (une injure grave) تقع بين الزوجين فتستوجب التفريق بينهما، ومنها مالا يستطيع القاضي رد الواقع فيه إلى معناه وتكليفه به إلا بعد تقديره تقديراً قانونياً ويمثل له بركن الاختلاس في السرقة.

ويقول شينون إن التقدير في هذا النوع وحده هو الذي يخضع لرقابة محكمة النقض لأن الماعى الدلول عليها بألفاظ هذا النوع هي التي يدركها القاضي بالنظر الفقهي المجرد عن ظروف الدعاوى المختلفة، ولذلك صح إخضاع رأي قاضي الدعوى فيه لرقابة محكمة النقض^(٢).

٥٥ — ويتصل أيضاً بهذا الرأي رأي الأستاذ كورنوت (Cournot)^(٣)

وحاصله أن اجتهاد القاضي فيما يعرض عليه من مسائل الدعوى يختلف في بعضها عن بعضها الآخر، فقد ينظر في بعض ويقدره على مقتضى قواعد المنطق الصحيح (une appréciation logique) ويجرى في بعض على موجب شعوره (une appréciation consciencieuse) فاذا رأت محكمة النقض أنه قد خرج في حكمه على نصوص القانون أو على ما يكون قد يستنتج منه على مقتضى قواعد النظر

(١) راجع تقرير المنتشر ومرافعة النائب العام في المرجع المتقدم الذكر وكثيراً ما عبر عن هذه الجرائم بأنها جرائم أدبية délits moraux

(٢) شينون في مؤلفه ص ١٦٣، ١٦٥، ١٦٦

(٣) في مؤلفه Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophiques (édition 1912 P. 459)

القمي بصرف النظر عما يكون قد ألمه به شعوره وضميره تحت تأثير ظروف الدعوى وأحوالها ، فإنها عندئذ تنقض الحكم لمخالفته للقانون أو لخطئه في تطبيقه أو تأويله . أما إذ رأت أن القاضي قد قدر ظروف الدعوى على موجب إحساسه وشعوره فإنها ترفض العطن إذ لا يكون خطؤه حينئذ خطأ في القانون .

٥٦ — ومحصل هذه الآراء على ما فيها من تفاوت أن هناك حقاً ألقاظاً ذات معان قانونية (des notions proprement juridiques) يستطيع القاضي ربطها بواقع الدعوى وتكييف هذا الواقع بها بنوع اجتهاد ونظر وبفضل تفسير واستنتاج وتجريد إلى غير ذلك من وسائل الاجتهاد في القانون ، فيكون التكييف على موجب هذه الألقاظ — لهذه العلة — خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، كما أن هناك ألقاظاً أخرى مثل « الإهانة الشديدة » في باب أسباب التفريق بين الزوجين ، ومثل « الوسائل الاحتمالية » في جريمة النصب ، لا سبيل لتحديد معانيها وربط هذه المعاني بواقع الدعوى إلا لشعور القاضي بقيام هذه المعاني في واقعة الدعوى فيكون التكييف شعورياً يجب إخراجه عن رقابة محكمة النقض .

٥٧ — نقر هذه النظريات وبيانه الرأي الصحيح في التكييف :

ونظن أن وجه الخطأ الرئيسي في هذه الآراء هو أن أصحابها قد اعتقدوا أن التكييف لا يمكن اعتباره اجتهاداً في القانون إلا إذا بذل القاضي في تفهم المعاني المدلول عليها بألقاظ القانون جهداً منطقياً كما يقول بعضهم أو قانونياً كما يقول بعض آخر ، وفاتهم أن التكييف هو رد فهم الواقع في الدعوى إلى فهم حكم القانون في هذا الواقع ، فلا يهم فيه أن يكون ثمة ألقاظ قد عرفها القانون وألقاظ أخرى لم يعرفها ، ولا أن القاضي قد بذل جهداً منطقياً أو قهياً أو شعورياً في تفهم معاني ألقاظ القانون — لا يهم فيه ذلك ، ما دام ينبغى للقاضي في نهاية الأمر أن يجيب نفسه عما إذا كان حاصل فهمه في واقع الدعوى بما اجتمع فيه من عناصر وقيود وشروط يمكن أو لا يمكن إدخاله تحت حكم القاعدة القانونية الواجب

تطبيقها عليه . فإذا كانت الواقعة سرقة مثلاً ، فسواء عرف القانون أركانها واحداً واحداً ، أو لم يعرضها ثم عرفها القاضى بنظره التقى أو المنطقى أو الشعورى ، فالقاضى — فى نهاية الأمر — ملزم للقضاء فى موضوع الدعوى بالعقوبة أو البراءة برد حاصل فهمه فى كل ركن من أركان التهمة إلى ما يجب فهمه من حكم القانون فى مقابله من أركان جريمة السرقة . وإن يتم له ذلك إلا بتحديد معانى الألفاظ التى استعملها القانون أياً كان نوعها ، وربط فهم الواقع بهذه المعانى بمد تحديدها وتعريفها ، ولا خفاء فى أن هذا الضرب من الاجتهاد هو اجتهاد فى القانون . وما دامت المسألة التى يجب حلها هى : هل ينبى لمحكمة النقض أن تكتفى بما يقرره قاضى الدعوى من أن وقائعها الثابتة يمكن إدخالها فى عموم الألفاظ التى استعملها القانون فى القاعدة القانونية الواجب تطبيقها ، أو أنه ينبى لها أن تراقبه فى هذا التقرير — لأم من ناحية ثبوت هذه الوقائع من الأدلة المقدمة بل من ناحية ربطها بحكم القانون وإدخالها تحته — وما دام التكييف هو توحيد معانى القانون فى حاصل فهم الواقع والقاضى ملزم فيه دائماً بتحديد معانى القانون لربط معانى فهم الواقع بها . ما دام هذا وذاك فلا يهيم فى التكييف أن تكون الألفاظ التى استعملها القانون قد عرفها هو أو عرفها القاضى بأية وسيلة ، صعبة كانت أو سهلة ، وإذن فلا فائدة من تقسيم الألفاظ إلى معرفة وغير معرفة وإلى تنويع نظر القاضى وتقديره إلى تقدير منطقي وتقدير شعورى ، لأن كل تكييف لمعنى لفظ من هذه الألفاظ سيعطى — كما قال مارتى — اللفظ تعريفاً يقع التكييف على موجهه^(١) .

ثم إن محكمة النقض لا تقوم حقاً بوظيفتها التى تنحصر فى جمع كلمة القضاء على قول واحد فى تفسير القانون وتطبيقه ، إلا إذا راقبت التكييف كله ومنعت

L'identification d'une certaine situation de fait avec une notion (١)
légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion

الحاكم برقابتها عليه من أن تدخل تحت عموم الألفاظ والقواعد القانونية ما لا تشمله بعمومها وإطلاقها . ولن تؤتي هذه الرقابة ثمرتها إلا إذا امتدت إلى جميع ألفاظ القانون وعباراته وتراكيبه .

٥٧ — على أن الشارع إذا كان لم يتناول الكثير من الألفاظ التي استعملها بالتحديد الاصطلاحي ، فذلك لنزوله في بعض منها على اصطلاح الفقهاء ولا كنفائهم في بعض آخر بما لها من معان في وضع اللغة أو في مجرى الحياة العامة أو في اصطلاح علوم أو فنون مختلفة . وأيا كان مصدر هذه الألفاظ فالشارع إذا استعملها وطبعها بطابعه قد جعلها جميعاً ألفاظاً قانونية ، ومحكمة النقض إذ تراقب التكيف كله فانها تراقب في واقع الأمر تحديد معاني جميع الألفاظ والعبارات المستعملة في القانون ^(١) أو التي أدخلها الفقه عليه ^(٢) .

٥٨ — أما ما يقال من أن التكيف يختلط أحياناً بفهم الواقع في الدعوى وأنه لذلك يجب تركه لقاضي الدعوى كلما كانت الألفاظ القانونية أسماء ذوات أو أسماء معان ، فهو قول غير صحيح . لأن محكمة النقض لا تعيد البحث في أدلة الدعوى لتحصل بنفسها فهم الواقع فيها ثم تكيف هذا الواقع برده إلى القاعدة

(١) للعلامة جيني فصل قيم خصمه للألفاظ والعبارات القانونية باعتبارها أداة استنباط للأحكام الفقهية ، بين فيه ما أوجته في المتن من أن الشارع تناول ألفاظه من مصادرها المختلفة من الفقه والاقتصاد وعلوم الاجتماع والأدب والسياسة والحياة العملية وطبعها بطابعه فصارت لها معان قانونية . ثم بين معنى الحياة والموت في العرف وفي القانون ومعنى الإهانة بين الزوجين وإدارة الأموال ، ونقطة الآداب العامة والنظام العام والمصلحة . ثم درج من ذلك إلى عدد كثير من المصطلحات الفقهية وتبنى لو صفت ألفاظ القانون واستبدل ببعضها ألفاظ أخرى (جيني جزء ٣ من ص ٤٤٨ إلى ص ٤٩٢) وقرأ في (الأحكام للأمدى) فصلا كتبه في الأسماء الصربية وقد استعمله بقوله : لا إحالة في وضع الشارع اسماً من أسماء أهل اللغة أو من غير أسمائهم على معنى يعرفونه أو لا يعرفونه لم يكن موضوعاً لأسمائهم ... ثم أخذ يمثل لهذه الأسماء بالصلاة والزكاة والإيمان جزء ١ ص ٤٨ وما بعدها) .

(٢) كتحديد محكمة النقض الفرنسية معنى « الشيء الخطر » (la chose dangereuse) التي أدخلها الفقه والقضاء عند الكلام على المسؤولية المترتبة على فعل الجادات (ن . ف ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ ص ٢٧ — ١ — ١٣٧) .

القانونية التي تنطبق عليه ويدخل هو في عامتها ومطلقها ؛ وإنما هي تتناول هذا الواقع على الوجه الثابت بالحكم (والمفروض هنا أن الحكم يكون مستوفى الوقائع والأسباب) ثم ننظر فيما أعطى له من أوصاف وكيف ، أى ننظر فيما إذا كان قد حصل رد هذا الواقع للقاعدة التي تشمله أو حصل رده إلى غيرها ؛ على أن قاضى الموضوع نفسه لا يخلط بين العمليين عادة ؛ ذلك بأن المتبع أنه يفصل في صدر حكمه وقائع الدعوى وعناصرها وظروفها وملابساتها ومزاعم كل طرف فيها وأدلته التي استند إليها ، ثم يستخلص الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة فيها ، ثم يقيسه ويمايزه بالقواعد القانونية المنطبقة عليه جزءاً جزءاً ، ثم يصدر حكمه فيه طبقاً لهذه القواعد .

٥٩ — لكن القول — بوجه عام — بإمكان التكييف على مقتضى أفاظ القانون كلها وبوجوب إخضاعه كله لرقابة محكمة النقض ، بغير تفرقة بين جريمة وأخرى ولا بين لفظ وآخر ، يثير في النظر الاعتراضين الهامين الآتين :

الأول ، وهو مبنى على أن بسط الرقابة على التكييف لا يعبره إلا ما يعود منه من الفائدة من حيث تثبيت القضاء واستقراره في تفسير القانون وتطبيقه . ومحصله أنه حتى في الأحوال التي يكون فيها معنى اللفظ منضبطاً والتكييف على موجه ممكن ، كثيراً ما تكون الرقابة على التكييف غير مشرة من تلك الناحية السابقة الذكر . وتوضيحاً لهذه الفكرة نضرب المثل الآتى : افرض أن مقالاً نشر في صحيفة دورية وأن قاضى الدعوى وصفه بأنه يحوى إهانة مما يعاقب عليه بالمادة . . . من قانون العقوبات ، وافرض أن الأمر فيه عرض على محكمة النقض . ألا تراها قد تقول إن وراء وصف القاضى لهذا المقال بظروفة البيئة بالحكم المطعون فيه تكييفاً قانونياً يقتضى للتحقق من صحته أو عدم صحته أن يكون للإهانة تعريف قانونى ينطبق على صورة الدعوى وتقع هي تحت عمومه ويمكن الرجوع إليه لرفع ما عسى أن يقع من خلاف عليه أمام جهات القضاء المختلفة .

ثم ألا تراها قد تلاحظ بعد ذلك أن قاضي الموضوع حين قرر أن المقال فيه إهانة معاقب عليها لا بد أن يكون قد راعى عبارات المقال كله ، ما احتوى منه الإهانة وما لم يمتو عليها ، وأسلوب الكاتب وروح الكتابة ، ومركز الجاني والجنى عليه ، وعلاقة أحدهما بالآخر ، والبيئة التي يعيش فيها كل منهما ، إلى غير ذلك من ظروف الدعوى التي لا يحتمل تكرار وقوعها . ثم قد تلاحظ أن الحكم في صورة هذه الدعوى لا يمكن إزاله منزلة السابقة القضائية يحتذى به في أمثاله ، وأن الخوف من أن تناقضه أحكام أخرى هو مجرد توهم نظري صرف . ألا تراها قد تلاحظ هذا وذاك ثم تنصرف عن وضع التعريف القانوني المناسب لأنها إن وضعته وأبرزت فيه تلك الظروف المتعددة الخاصة بصورة الدعوى كان تعريفاً خاصاً لا يتسم إلا لما فقط مما يجعل الاشتغال بوضعه على هذه الصورة عبثاً لا فائدة منه . أما الاعتراض الثاني فيقال فيه : إن بسط الرقابة على التكيف في مثل هذه الصورة لا يكون عديم الفائدة قطع في توحيد القضاء واستقراره في تفسير القانون وتطبيقه ، بل يكون مدعاة لكثرة الطعون ومحفة لحكمة النقض على التفلل في ثانيا ظروف الدعوى المختلفة المنطبعة في مرآة الحكم والبميدة هي عنها وعن وسائل فحصها وتقديرها لتعرف ما إذا كان قاضي الموضوع قد أحسن عمله في التكيف على موجب القانون أو لم يحسنه ، وإذا اندفعت المحكمة في هذا الطريق فما أقربها من أن تنقلب محكمة موضوع تنظر الدعوى مرة ثالثة ، وقد خلقها القانون لغير ذلك .

٦٠ — ليس من الحق أن ننكر ما لهذين الاعتراضين من قوة ، بل الحق أن الرقابة على التكيف لا تنقذ الفائدة المرجوة إلا في الصور التي تكون فيها ظروف الأحوال ، التي أحلها قاضي الدعوى في التكيف محل الاعتبار وجعلها مناهج حكم القانون — فوق كونها محدودة — مما يتكرر اجتماعه ويكثر وقوعه وتعرض حوادثه على القضاء ، إذ في هذه الصور تستطيع محكمة النقض ضبط القاعدة القانونية التي يتعين الأخذ بها في التكيف بإبراز هذه الظروف فيها . ومن

الحق كذلك أن قول إنه كلما تشعبت واشتبكت ظروف الأحوال الواقعية التي أثبتها القاضى فى حكمه وكان أحلها محل الاعتبار فى التكييف ، ضمنت القائدة المرجوة من الرقابة على التكييف فى شأن توحيد القضاء واستقراره فى تفسير القانون وتطبيقه .

وإذن فما دام النظر الفقهي من جهة يقتضى أن يكون التكييف كله خاضعاً لرقابة محكمة النقض أيا كانت الألفاظ التى رتب الشارع أحكامه على مدلولاتها ، معرفة هى أو غير معرفة ، وما دام النظر العملى من جهة أخرى لا يشير ببسط هذه الرقابة إلا إذا أثمرت مراقبة التكييف فى حل المسائل القانونية حلاً يمكن جمع كلمة القضاء عليه ، وما دام بعض ألفاظ القانون لانبهامه فى أصل وضعه أو فى استعماله أو فى الاصطلاح عليه يصعب التحقق من دخول واقع الدعوى فى عمومه أو إطلاقه — ما دام الأمر كذلك فإنه يكون من حسن السياسة أن تحمل محكمة النقض تكييف قاضى الموضوع فهم الواقع فى الدعوى على الصحة فتقتضى برفض الطعن ، كلما تبين لها أن اللفظ الذى وقع التكييف على موجه شديد الإبهام وأن القاضى عند محاولته إدخال فهم الواقع فى عمومه أو إطلاقه كان متأثراً بظروف الدعوى الكثيرة المختلف بعضها عن بعض وأن الدعوى بظروفها هذه مما لا يتكرر وقوعه فى الوجود وأن مراقبة التكييف — لذلك — لا تخرج قاعدة قانونية عامة يصح الرجوع إليها فى القضايا الأخرى . نعم يكون من حسن السياسة أن تجرى محكمة النقض على ذلك ، وعلى أن تحتفظ بمحكمها فى الرقابة كلما كانت واقعة الدعوى بظروفها البسيطة مما يتكرر حدوثه فى الوجود وكان من الممكن وضع قاعدة قانونية عامة تنطبق عليها وعلى أمثالها مجردة عما يلابسها من ظروف أخرى .

٦١ — وهكذا جرت محكمة النقض الفرنسية — عند تحديد معنى الإهانة التى تستوجب إيقاع الطلاق بين الزوجين — على أن رفض أحد الزوجين إتمام عقد

الزواج أمام الكنيسة وعدم الدخول بالزوجة وهجر العائلة، كل ذلك مما يدخل تحت هذه الإهانة بمعناها القانوني^(١). وكذلك قطعت — عند تحديد معنى الوسائل الاحتمالية في جريمة النصب — برأيها في التحيل بالسكوت المجرد والكذب^(٢) واستعمال الأوراق المزورة^(٣) والاستعانة بالغير^(٤). وكذلك حذت حذوها محكمة النقض المصرية، فحددت معنى لفظ الوسائل الاحتمالية فيما كثر الاحتيا ل به واتضح معنى النصب فيه : كالاتيال بعمل اليازرجة^(٥)، وبتوزيع نشرات على الجمهور تلاميها بأن صاحبها يعالج الأمراض العصبية^(٦)، وبالوعد باستحضار المواشي المسروقة^(٧).

(٣) مذهب محكمة النقض الفرنسية في الرقابة على التكيف

٦٢ — ليس في الموسوعات الفرنسية المعروفة إلا ما وقع الاختيار على جمعه من أحكام محكمة النقض الفرنسية ثم على توزيعه بين أبواب القوانين الجنائية والمدنية فصولاً وفروعا، ولم نجد غير جارو وشوفرن وتيفار Thévard — وما رقى — من نظر نظرة عامة في أحكام هذه المحكمة وكشف لنا عن رأيها في التكيف منذ عهد إنشائها. فقد قال جارو وشوفرن : إنها بقيت تراقب التكيف كله بغير تمييز بين جريمة وأخرى ولا تفرقة بين ألفاظ وألفاظ، ثم أخذت برأى الرئيس (باريس) من سنة ١٨٢٠ إلى سنة ١٨٣٠، ثم رجعت إلى رأيها الأول منذ سنة ١٨٣٠^(٨).

(١) مطول بلانيول ج ٢ من كتاب الزواج ص ٤٣٣ و ٤٣٥.

(٢) جارسون ققرة ١٦ وما بعدها تحت المادة ٤٠٥ عقوبات.

(٣) جارسون ققرة ٢٦ وما بعدها.

(٤) جارسون ققرة ١٩ وما بعدها.

(٥) حكم رقم ١٦ تحت المادة ٢٩٣ من كتاب القضاء الجنائي.

(٦) حكم رقم ١٨ من المرجع السابق.

(٧) حكم رقم ٢٢ من المرجع السابق.

(٨) جارو تحقيق جنابات ج ٥ ققرة ١٨٠٣ وما بعدها، وشوفرون ص ٣٨، وتيفار

ص ٧٣ وما بعدها.

وقد علق مارتى على هذا القول بأن طريقة هذين العالمين لم تخل من خطأ في تحديد مبدأ كل عهد من هذه العهود الثلاثة، ولا في القول ببدول محكمة النقض عن رأى الرئيس (باريس) عدولاً تاماً. وقال إن محكمة النقض قد ابتدأت منذ سنة ١٨١٤ تتخلى عن رقابة التكييف فى الوسائل الاحتمالية المكونة لجريمة النصب المبينة بالمادة ٤٠٥ من قانون العقوبات^(١) ومنذ سنة ١٨١٦ فى جريمة التحريض على الفجور (المادة ٣٣٤)^(٢) ولكنها لم تشرع ذلك إلى تقسيم الجرائم إلى معرفة وغير معرفة إلا بين سنة ١٨٢٠ وسنة ١٨٣٠^(٣). ولم ترجع إلى رأيها الأول فى رقابة التكييف فى جميع الجرائم إلا منذ أصدرت حكمها المشهور فى ٥ أغسطس سنة ١٨٣١^(٤) فى قضية التعدى على الذات الملكية L'attaque contre la dignité royale المشهورة بقضية لانجدوك^(٥)، ثم أخذت تراقب التكييف فى جرائم المطبوعات والذف والسب^(٦). ثم قال: إن مذهب الرئيس

(١) يقول مارتى إن محكمة النقض كانت تراقب التكييف كله فى جريمة النصب ثم تخلت عن رقابته ثم عادت إلى رأيها الأول منذ سنة ١٨٣١ (راجع ص ٢١٩ وهامش نمرة ٣ وفيه سلسلة الأحكام لغاية حكم ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ (س ١٩٢٤ — ١ — ٣٣٠)

(٢) حكم ٩ أغسطس سنة ١٨١٦ من الدائرة التى كان يرأسها الرئيس باريس — وكانت محكمة النقض ترفض الطعون بناء على أن القانون ترك السلطة قاضى الموضوع تحديد أركان جريمة النصب وجريمة الفجور (راجع مارتى ص ٢١٨ وهامش رقم ٢٠١) ثم عادت إلى رأيها الأول (جارسون فقرة ٢٣٧ تحت المادة ٣٣٣ و ٣٣٤ عقوبات).

(٣) مارتى ص ٢٢٠ هامش رقم ٢ وحكم ٥ أغسطس سنة ١٨٣١ (س ٣٢ — ١ — ١٠٢).

(٤ و٥) مارتى ص ٢٢٠ و ٢٢١ و ٢٢٢ وهوامشها. وبهذه الهوامش تفاصيل قيمة لما تراقبه محكمة النقض من عناصر هذه الجرائم وما لا تراقبه، وقد جاء فيها أن هذه المحكمة قد تركت لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تحديد المعنى به فى القذف بالعرض، وترددت فى الرقابة على تحديد معنى المحل العمومى والاجتماع السلم والعلنية، وينتهى مارتى من ذلك كله إلى الرجوع فى ذلك إلى جارسون وبواتقان فى مراجعتهما الخاصة.

(٦) حكم ١٨ يولييه سنة ١٨٢٦ (سيرة ١٨٢٦ — ١ — ١٥٦) وقد كان رئيس هذه الدائرة المستشار (Baillly) وأسباب هذا الحكم تشبه أسباب الحكم الصادر فى ٥ أغسطس سنة ١٨٣١ المشار إليه فى المتن وقرة ١١٧ من كتابنا.

(باريس) لم يكن مع ذلك في واقع الأمر المذهب الذي كتبت له الطلبة والفوز في تلك الفترة (١٨٢٠-١٨٣٠) بل إن بعض دوائر محكمة النقض كانت تحالف هذا المذهب ، وقد استشهد في ذلك بحكمها المؤرخ في ٢ أبريل سنة ١٨٢٥ الذي نقضت به حكم محكمة استئناف ريمس القاضي ببراءة متهم أسندت إليه تهمة إهانة أحد النواب العموميين وكانت علة تبرئته أن الألفاظ المهينة التي وجهت إليه لم توجه بسبب تأدية وظيفته ، فلما رأت محكمة النقض من بيانات الحكم المطعون فيه أن ظروف الواقعة تدل على توافر معنى هذا الركن في الدعوى نقضت الحكم وقالت في أسباب حكمها : إنه إذا كان تقرير قاضي الدعوى فيما يتعلق بفهم وقائع التهمة في مواد الجرح مما لا معقب عليه ، فإن تكييف هذه الوقائع بحكم القانون وترتيب النتائج على مقتضى هذا التكييف هو من خصائص محكمة النقض ^(١) .

قال ^(٢) : وكذلك من الخطأ التقرير بأن محكمة النقض منذ سنة ١٨٣٠ قد عادت إلى رأيها الأول في التكييف بغير تمييز بين جريمة وأخرى أو بين ألفاظ وألفاظ ، بل الصحيح أنها إذا كانت قد دونت في كثير من أحكامها أن لها الرقابة على التكييف كله بغير تفرقة ولا تمييز ، فإنك تستطيع أن تعد لها أحكاماً كثيرة تلح فيها أثر مذهب الرئيس باريس كما تستطيع أن تعد لها أحكاماً أخر أخذت فيها بحكمها في الرقابة على التكييف كله .

١ - نعم كثيراً ما تراها تقيم حقها في التكييف في بعض مواد العقود والاتفاقات على أساس ما لبعض هذه العقود وما لأركانها ولشروطه وأحكامه من الحدود والتعاريف في القانون ، كأن تقول في أحكامها مثلاً : إنه إذا كان القانون قد حدد خصائص نوع العقد موضوع النزاع وكان قاضي الدعوى بعد أن أثبت له هذه الخصائص لم يعطه حكم نوعه البيئة خصائصه وأحكامه في القانون ،

(١) (س ١٨٢٦ - ١ - ٢٥٠)

(٢) مارتق س ٢٢٥ .

فلا يعتبر أنه قد خالف حكم القصد لحسب ، بل خالف حكم القانون ، ويكون حكمه من أجل ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض^(١)؛ أو نقول : إذا كان لقضاء الدعوى السلطة التامة في تفسير العقود والاتفاقات وتحصيل فهم الواقع منها فإن لمحكمة النقض أن تراقبهم فيما إذا كانوا قد تجاهلوا خصائص الاتفاق المتنازع بشأنه من ناحية علاقته بالقانون فيما حدده القانون لنوعه من الخصائص المعروفة له^(٢) . ومن هذا القبيل أحكامها الكثيرة التي أثبتت فيها أنه ينبغي لها أن تراقب ما إذا كان العقد من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع^(٣) أو من العقود الملزمة لطرفين^(٤)، وهل التذعيم^(٥)

(١) ع . ف ١٥ يولييه سنة ١٨٣٥ و ١٨ ديسبر سنة ١٨٣٧ (أشير إليهما في ربرتوار دالوز تحت كلمة تصرفات بين الأحياء dispositions entre vifs ققرة ١٩٨٥ و ١٩٨٨

(٢) ن . ف ٢٤ أبريل سنة ١٨٤٤ (ربرتوار دالوز : نقض ققرة ١٥٨١) . وقد نبه مارتي بالهامش رقم ٣ ص ٢٢٦ إلى ما ينبغي الالتفات إليه من أنه لا عبرة بما تراه في كثير من الأحكام مما قد يورم أن تكييف قاضي الدعوى لبعض العقود (الوكالة والكفالة . . .) هو نهائي لا رقابة عليه لمحكمة النقض ، ذلك لأن هذه الأحكام صادرة جميعها برفض الطعون ولم يكن في كتابة أسبابها الموجزة بالتمييز بين تفسير العقد على مقتضى مقصود الماقدن الذي هو داخل في سلطة قاضي الموضوع بغير شبهة ، وبين تكييف هذا العقد بعد تفسيره وفهمه الذي هو من خصائص محكمة النقض . وقد استشهد في ذلك بحكم ٢٣ برغور سنة ٨ (ربرتوار دالوز : نقض ققرة ١٦٠١ و ٢٠ يناير سنة ١٨٣٠ (ربرتوار دالوز : نقض ققرة ١٦٠٣ — ١٦١٠) و ع . ف ١٩ مارس ١٨٣٤ (ربرتوار دالوز : كفالة ققرة ٤٣) و ع . ف ٧ يولييه ١٨٨٠ (٨٢ د — ١ — ٥٥) و ع . ف ١٧ مايو ١٩٠٩ (د ٩١٠ — ١ — ١٨٩)

(٣) مارتي ص ٢٢٧ و هامش نمرة ١ وفي هذا الهامش يذكر أحكاماً أخرى قررت فيها محكمة النقض أن سلطة قاضي الموضوع تامة في تقدير أهمية التكاليف التي أوجبها الواهب على الوهوب له للحكم على موجهه بأن العقد عقد معاوضة ، منها ن . ف ٢٦ نوفمبر ١٨٢٥ (س) ٨٢٦ — ١ — ١٧٠) و ع . ف ١٢ مايو ١٩٠٩ (د ٩١٠ — ١ — ٢٩١) ثم أحكاماً أخرى في تكييف الالتزام الطبيعي ، منها ن . ف ١٥ يناير ١٨٧٣ (س) ٧٣ — ١ — ٢٩) و ٤ يولييه ١٩٠٤ (س) ٩٠٥ — ١ — ١٣٧)

(٤) ع . ف ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٤ (د ٨٥ — ١ — ١١٦) .

(٥) مارتي ص ٢٢٧ هامش نمرة ٣ و ن . ف ٢٩ يونيه ١٨١٣ (س) ٨١٣ — ١ — ٣٨٢) و ن . ف ج ١٤ مايو ١٨٥١ (د ٨٥٨ — ١ — ٢٣٢) و ن . ف ٧ يولييه ١٩٢٤ (س) ٩٢٤ — ١ — ٢٣٣)

أو إجارة^(١) أو مقايضة^(٢) ، وهل هو شركة^(٣) أو استصناع^(٤) أو إجارة أشخاص أو مقاوله على عمل^(٥) ، وهل هو وديعة أو رهن^(٦) ، وهل هو تنازل عن دين^(٧) أو صلح^(٨) ، وهل العقد يسترهبه أو هو من عقود المعاوضة^(٩) . وكثيراً ما تراها تصرح بأن عدم تعرض الشارع لتحديد بعض الألفاظ والعبارات القانونية وتعريفها يوجب عليها ترك تكييف فهم الواقع في الدعوى بمغنى هذه الألفاظ وتلك العبارات لقاضى الموضوع ، واعتبار عمله في ذلك من قبيل تحصيل فهم الواقع في الدعوى الداخل هو في سلطته . اعتبر في ذلك بما أصدرته من أحكام بخصوص لفظ « سكوت »^(١٠) *réticence* الوارد ذكره بالمادة ٣٨٤ من قانون التجارة للمقابلة لمادة ١٩٠ من قانون التجارة البحرى الأهلى التى جاء فيها : (أن سند السيكورته يصير لأغياً بالنسبة للمؤمن إذا حصل « سكوت » من المؤمن له عما يلزم بيانه ... الخ) ، ولفظ « الإجراءات غير اللازمة »^(١١) *procédure frustratoire* المنصوص عليها بالمادة ١٠٣١ من قانون المرافعات (ولا مقابل لها في قانوننا)

(١) مارتى ص ٢٢٧ هامش ٤ ون . ف ٨ يوله ١٨٥١ (د ٥١ — ١ — ١٩٨)
ن . ف . ج ١٩ و يونه ١٩٠٣ (س ٩١٠ — ١ — ١٩١) (د ٩٠٥ — ١ — ٤٨٦) .
(٢) ع . ف أول يوله ١٩٠٨ (س ٩٠٩ — ١ — ٧٧) (د ٩٠٩ — ١ — ١١) .
(٣) ع . ف ٢٠ ديسمبر ١٨٩٣ (د ٩٤ — ١ — ٢٢٤) و ٢٨ أبريل ١٩١٣ (د ٩١٦ — ١ — ٢٤٠)

(٤) مارتى هامش ٧ وع . ف ٤١ أكتوبر ٩٠٠ (س ٩٠٤ — ١ — ٣٤٣) .
(٥) مارتى هامش ٨ وع . ف ٨ يونه سنة ١٩٢٦ (س ٩٢٧ — ١ — ٢٧٠) .
(٦) مارتى هامش ٩ ون . ف . ج ٢٩ نوفمبر ١٨٦٦ (س ٨٦٧ — ١ — ١٨٨) .
(٧) مارتى هامش ١٠ ون . ف ٢١ مارس سنة ١٩١٠ (د ٩١٢ — ١ — ٤٤٥) .
(٨) مارتى هامش ١١ وع . ف أول يوله ١٨٧٩ (س ٨٨٠ — ١ — ١٠٦) .
(٩) مارتى هامش ١٢ وحكم الدوائر المجنعة في ٢٥ فرمبر سنة ١٠ (س ١٨٠٢ — ١ — ٢٣) ون . ف ١٥ يناير سنة ١٨٧٢ (د ٧٢ — ١ — ١٠١) .
(١٠) مارتى ص ٢٢٨ هامش ٤ وع . ف ٢٥ مارس ١٨٣٥ (ربرتوار دالوز تحت كلمة قانون بحرى فقرة ١٦٨١) وع . ف ٢٢ ديسمبر سنة ٧٤ (د ٧٦ — ١ — ٦٥) وسللة الأحكام الأخرى لفاية ١٩٢٦ وع . ف ٢٦ أكتوبر ١٩٢٦ (س ٩٢٦ — ١ — ٣٧٤) .
(١١) مارتى ص ٢٢٩ وهامش ١ ون . ف ١٩ أغسطس سنة ١٨٣٥ (س ٨٣٥ — ١ — ٥٩٢) و ربرتوار دالوز تحت كلمة وكيل الدعوى *Avoué* فقرة ٢٤٢ — ٤ .

ولفظ « cloture » (بمعنى إقامة حائط أو نحوه على حدود الملك) في المادة ٦٤٧ من القانون المدني للمدنى المقابلة للمادة ٣٨ مدنى أهلى^(١)، ولفظ « الاستفزاز provocation » في المادة ٤٧١ عقوبات (المقابلة للمادة ٣٤٧ عقوبات أهلى^(٢)) التى تجعله عذراً مبرئاً من العقوبة فى بعض المخالفات، ولفظ « إخفاء recel » فى المادة ٧٩٢ مدنى التى لا مقابل لها فى قانوننا^(٣) (وهذه المادة ترتب جزاء على من يُخفى من الورثة مالا من أموال الشركة)، ولفظ « إهانة شديدة injure grave » فى المادة ٢٣١ مدنى التى لا مقابل لها^(٤)، ولفظ « التسخة الفنية œuvre d'art » الواردة بقانون ١٩ يولييه سنة ١٧٩٣^(٥)، وعبارة « وضع يد المرتهن رهن حيازة^(٦) mise en possession » الوارد ذكرها بالمادة ٢٠٧٦ مدنى المقابلة للمادة ٥٤٠ مدنى أهلى، وألفاظ « البله والعتة والجنون^(٧) imbécillité, demence ou fureur » الوارد ذكرها بالمادة ٤٨٩ من القانون للمدنى فى سياق من يحجر عليه ويودع فى مستشفى المجاذيب، وعبارة « تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وصيه^(٨) opposition d'intérêt entre tuteur et pupille » الواردة بالمادة ٤٢٠ من

(١) مارتى ص ٢٢٩ هامش ٢ وربرتوار دالوز تمت كلمة ارتفاق فقرة ٥٥٨ ون. ف. ٣ أغسطس سنة ١٨٣٦ المشار إليه فيها.

(٢) مارتى ص ٢٢٩ وهامش ٣ ون. ف. ج. ٢٦ مايو ٥٣ (د ٥٣ — ١ — ٣١٧) ون. ف. ٢٥ مايو ١٨٩٨ (س ٩٨ — ١ — ٤٠٩) وقارن عكس ذلك ن. ف. ج. ٢٨ فبراير ١٨٩٠ (د ٩١ — ١ — ٤٦) و ٢٥ مايو ١٨٩٤ (س ٩٦ — ١ — ١٠٥) والتطبيق عليه.

(٣) مارتى هامش ٤ وفيه أحكام متضاربة.

(٤) مارتى هامش ٥.

(٥) مارتى هامش ٦.

(٦) مارتى هامش ٧ ون. ف. ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ٢٢٠) و ٢٨ أيار ١٩١٠ (س ٩١٠ — ١ — ٤٨٨).

(٧) مارتى هامش ٨ ون. ف. ١٧ يناير سنة ١٨٧٦ (د ٧٦ — ١ — ١٥١) ون. ف. ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٠ (س ٩٠١ — ١ — ١٠٣) وعكس ذلك قارن ٦ ديسمبر سنة ١٨٣١ (س ٨٣٢ — ١ — ٢١٠).

(٨) مارتى ص ٢٣٠ وهامش ١ ون. ف. ٢٠ أبريل سنة ١٨٨٥ (س ٨٥ — ١ — ٢٥٥) وعكس ذلك ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (س ٩٢٧ — ١ — ٤١) وتعليق Balleydier عليه.

القانون المدني المعلقة بقانون ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ . وهذه الأحكام وأمثالها تدل على أن محكمة النقض الفرنسية لا تزال تأخذ في كثير من أحكامها بنظرية التفريق بين الألفاظ التي عرّفها القانون والتي لم يعرّفها لغير علة ، سوى أن هذه معرفة وتلك غير معرفة وأن عدم التعريف يقتضي ترك التكيف فيها لقاضي الدعوى بغير رقابة ما عليه .

ب — و تراها — من جهة أخرى — كثيراً ما يتحدد معاني ما لم يتناولها القانون من ألفاظه بالتحديد والتعريف ، ثم تتوخى هي هذه المعاني في حاصل فهم الواقع في الدعوى على اعتبار أن ما تقوم به من ذلك داخل في حدود رقابتها على تفسير القانون وتطبيقه . اعتبر في ذلك بأحكامها التي حددت فيها معنى كون العبارة أو المقال خادشاً للناموس والاعتبار^(١) وكونها سبباً أو طعنًا وقع علناً^(٢) ، وكونه مخالفاً للآداب العامة^(٣) ، وكون الفعل شروعاً في جريمة^(٤) ، وكون الفس وسيلة احتيالية لنصب^(٥) . وغير ذلك . وكثيراً ما قضت أحكاماً لخطئها في التكيف أو لتصورها عن بيان الواقعة بياناً كافياً يعرف منه هل الواقع الثابت في الدعوى يمكن اعتباره ضرباً وجرحاً أو مجرد إيذاء خفيف^(٦) ، أو فعلاً فاضحاً^(٧) أو جرحاً خطئاً^(٨) أو تحريضاً للشبان على العجور^(٩) أو إكراهاً في هتك عرض^(١٠) ، وغير ذلك^(١١) .

(١) شوفرون ص ٤٨ ون . ف . ج . ٩ أبريل سنة ١٨٩٧ (س ٩٨ — ١ — ١١٠) .
(٢) أول مايو سنة ١٨٩٧ (س ٩٨ — ١ — ٤٧٩) وقرأ في حق محكمة النقض في رقابة التكيف في جميع أركان جريمة الافتراء ، diffamation ١٧ مايو سنة ١٨٨٦ (د ٨٦ — ١ — ٣٧٦) و ٢ يناير سنة ١٨٩٦ (س ٩٧ — ١ — ١٠٨) .

(٣) شوفرون ص ٤٩ وقد استشهد في الخامس ١ بحكم ٣٠ يناير سنة ١٨٩٧ الذي نقض به محكمة النقض الحكم المطعون فيه لتصوره عن بيان لم كانت الصورة الرمزية المروضة مخالفة للآداب العامة . كما استشهد في القاعدة بحكم ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ (د ٩٠٥ — ١ — ٢٦٠) .

(٤) حكم ٨ سبتمبر سنة ١٨٩٢ (١٨٤٥ — ١ — ٣١) ، وقرأ تحليلًا غيباً لذلك في جرسون تحت المادة ٣ رقم ١٣٨ وبلانش ج ١ — ١٢ .

(٥) الأحكام كثيرة أورد بعضها شوفرون في ص ٤٩ هامش ٣ .
(٦) و (٧) و (٨) و (٩) و (١٠) و (١١) شوفرون ص ٥٠ وهو أمشها وجارسون تحت جميع مواد قانون العقوبات .

٦٣ — وقد يظهر مما سبق ذكره أن محكمة النقض الفرنسية لا تأخذ نفسها بمذهب واحد في التكييف . بل إنها ينظر أن الأشكل بها هو ترك التكييف لسلطة قاضي الدعوى فيما لم يتعرض له القانون من ألفاظه بالتحديد الاصطلاحي ، تراها تنشط في تحديد معاني تلك الألفاظ ثم تتوخى هذه المعاني في حاصل فهم الواقع في الدعوى وتعتبر ذلك من أخص وظائفها . يظهر لك هذا ثم لا تعرف له من علة سوى ما يكون قد تأثرت هي به من ظروف الدعوى . ولو أنها أخذت نفسها بما رددته في كثير من أحكامها من أنه إذا كان لقاضي الدعوى السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع فيها من المستندات والدلائل المقدمة فيها فإن لمحكمة النقض حق الإشراف على ما يعطيه ذلك القاضي من الأوصاف والكيوف لحاصل فهمه في الدعوى ، وعلى تطبيق ما ينبى تطبيقه من أحكام القانون — لو أنها أخذت نفسها بهذا النظر لما رأيت ما تراه في أحكامها من الاضطراب والتذبذب في كثير من المسائل^(١) .

(٤) أمثلة مختارة لتوضيح التكييف

٦٤ — وبعد فلا بد من التأنيس في التكييف بأمثلة يستعان بها على فهمه والتمرن عليه ، وقد اخترنا مسائل من الفقه الجنائى وآخر من الفقه المدنى ومسائل غيرها من فقه المرافعات ، اتريك أن التكييف واحد ، وأنه اجتهد في القانون ينبى أن تراقبه وتشرف عليه محكمة النقض .

١ — أمثلة مختارة من الفقه الجنائى

٦٥ — الفصل الجنائى : كما تراقب محكمة النقض تكييف الركن المادى في مختلف الجرائم ، كذلك ينبى لها أن تراقب القصد الجنائى في جرائم العمد

كلها^(١) . ذلك بأن القاضى إذا كان يحصل فهم الواقع في ماديّات الجرائم ممّا تدركه الحواس من أفعالها وظروفها ، ولا يحصل فهم القصد الجنائى (وهو مسألة الجنائى) إلا من ثنايا هذه الظروف بنوع استدلال عقلى ، فهذا الفرق ليس من شأنه أن يغير من طبيعة تكليف فهم الواقع في الركنين بحكم القانون ، إذ القاضى كما يجب عليه أن يطابق ما أثبتته وقيدته من الأفعال المادية للجريمة على ما لهذه الجريمة من تعريف فى القانون ، ينبغى له كذلك أن يطابق ما استنتجه من ظروفها — دالا على نية الجنائى فى ارتكابها — على حكم القانون فى هذه النية .

ففى جنابة القتل مثلا يقيّد القاضى أن المتهّم أطلق عياراً نارياً على المجنى عليه أثناء مروره من أمامه يوم كذا فى مكان كذا فسقط قتيلاً متأثراً بجرح نارى فى صدره وأن فلاناً وفلاناً وفلاناً سمعوا الطلق فأقبلوا على مكان الواقعة فضبطوا المتهّم قريباً من هذا المكان وعثروا على البندقية التى أطلقت بجوار القتل وأن بعض هؤلاء الشهود روى عن المجنى عليه أنه تحقق من إطلاق النار عليه . وأنه هو المتهّم بذاته ، إلى غير ذلك من الأدلة على ارتكاب فعل الجريمة . ثم يحصل من هذه الظروف ثبوت فعل القتل على الجنائى ، ثم يطابقه على ما اشترط القانون فى هذا الفعل من كونه قد أحدث الموت ، ومن كون المجنى عليه إنساناً كان على قيد الحياة . ثم ينظر نظرة أخرى فى ظروف هذا القتل وملاساته فيقيّد مثلاً أن المتهّم كان يرتقب مرور القتل عليه وأن له ناراً عنده ، وأنه أطلق النار عليه وهو جد قريب منه فأصابه فى صدره فمات بعد بضع دقائق . فإذا استنتج من ذلك أنه كان ينوى القتل ، طابق هذا الذى حصله على حكم القانون فى هذه النية من كون الجنائى قد قارف فعل القتل بنية إحداث الموت علماً بأن هذا الفعل

(١) وهو رأى جارسون (قصة ١٩٩ هـ تحت المادة ٢٧٩ الخاصة بالسرقة) ورأى جابرو (تحقيق الجنائيات ج ٥ ص ٣٤٠ وما بعدها) وعكس ذلك فوستان هلى (تحقيق جنائى ج ٥ فى المسألة ٢٢٦٧ من ٣٧٧) .

ميت ، فإن انطبق حكم القانون على حاصل النية أمضى في التهم العقوبة التي يستحقها على هذا القتل العمد .

ولن ترى فيما تقرأه من أحكام المحاكم أنها تجرى في تكليف فهم الواقع في مسألة الجاني ، المسألة النفسية ، على ما رأيت من الوضوح والظهور ، بل كثيراً ما يكتفى قاضي الدعوى بما يورده في حكمه من أن التهم قد تعدد القتل أو نوى السرقة ، أو أنه لم يتضح له من وقائع الدعوى وظروفها أنه كان للمتهم قصد جنائي في ارتكاب ما ثبت عليه ، أو أنه لم يكن سمي القصد . وإذن فمن حثك أن تتساءل عما ينبغي لمحكمة النقض أن تراقبه في تكليف القصد الجنائي وكيف تقوم بهذه الرقابة ؟ .

التأمل في أحكام محكمتي النقض الفرنسية والمصرية يراها تجريان في الرقابة على تكليف القصد الجنائي — بوجه عام — على مقتضى القواعد الآتية :

(١) قاضي الموضوع — بوجه عام — يفصل نهائياً في مسألة وجود القصد الجنائي وعدم وجوده .

(٢) ومحكمة النقض أن تقضى بنقض الحكم المطعون فيه كلما تبين لها من أسبابه أن في القول بمسألة الجاني أو بعدم مساءلته خطأ في القانون .

(٣) ولها كذلك أن تقضى بنقض الحكم المطعون فيه في حالة وجود تناقض ظاهر بين بعض الظروف المادية التي أثبتتها قاضي الموضوع بما له من السلطة التامة في تقديرها ، وبين النتيجة المباشرة التي استخلصها منها .

(٤) وتحكم كذلك بالنقض في حالة وجود تناقض بين الظروف المادية التي أثبتتها قاضي الموضوع في حكمه وبين طبيعتها القانونية التي يجب أن تقرر لها وتوصف بها قانوناً .

(١) القاعدة الأولى : وقد استقينا القاعدة الأولى من أحكام كثيرة ، منها

ما أصدرته محكمة التفص الفرنسية بشأن القصد الجنائي في جريمة السرقة^(١) وفي جرائم النشر^(٢) وفي جريمة القتل^(٣)، ومنها ما أصدرته محكمة التفص المصرية في جريمة القتل^(٤) والنصب^(٥).

(٢) وقرأنا القاعدة الثانية في أحكام آخر، منها حكم ٢٩ يونيه سنة ١٨٦٢ الذي قالت فيه محكمة التفص الفرنسية إنه إذا كان لقاضي الموضوع — في مادة النصب — السلطة التامة في تقدير الظروف النافية عن التهمة وصفها الجنائي والمانة من العقاب عليها، فأية الذي يقرر به براءة المتهم على هذا الأساس يخضع لرقابة محكمة التفص متى كان في واقع الأمر نتيجة لتطبيق خاطئ في القانون. وقد كان الحكم الطعون فيه نقي عن التهمة القصد الجنائي، لأنه كان يجهل أنه فيما اقترفه كان يصطنع النشر والاحتيال على المجنى عليه؛ فلما نقضته محكمة التفص نوهت عن هذا الخطأ بقولها إنه لا يكفي في استبعاد القصد الجنائي أن يكون المتهم قد اعتقد — جهلا منه — أن القانون لا يحرم عليه ارتكاب ما اقترف^(٦).

ومنها حكم صادر في ٧ سبتمبر سنة ١٨٥٥ قضى بتفص حكم آخر نقي فيه قاضي الموضوع القصد الجنائي عن موظف بمصرف اتهم بسرقة أوراق مالية سقطت من محفظة أحد أصحاب هذا المصرف بساحة مكتب من المكاتب فالتقطها المتهم ولم يبلغ عنها. وقد بنى حكم البراءة على أن المتهم ما كان يعلم وقت التقاطه هذه الأوراق أنها ملك صاحبها حتى يصح القول بأنه إنما اختلس مالا مملوكا لغيره.

(١) ٢٥ يولييه سنة ١٩٠١ (٩٠٣ — ١ — ٤٦٢) و١٣ مارس سنة ١٨٨٦ (٨٧ د — ١ — ٢٨٥) و٢٣ أغسطس سنة ٩٤ (٩٥ د — ١ — ١٩١).

(٢) بواتان «المطبوعات» ققرة ٧٣٥.

(٣) شوفرون ص ٨٣ هامش ٤.

(٤) القضاء الجنائي رقم ١١ و ١٤ ص ١٤٨.

(٥) ن. م أول يولييه ١٩١٦ (مج ١٨ ص ١).

(٦) حكم ٢٩ يونيه سنة ١٨٦٢ (المجموعة الجنائية رقم ١٥٩) وقد ذكره شوفرون

في هامش ١ ص ٨٤ وجارو ج. ص ٣٤٢ هامش ٤٣.

قالت محكمة النقض : إن في تأسيس نفي القصد على هذه العلة مخالفة ظاهرة للقانون ، لأنه حتى إذا سلم بانتفاء علم المتهم بأن ما التقطه ليس ملكاً لصاحبه فلا يمكن أن يترتب على ذلك انتفاء علمه بأنه تملك ما ليس له إضراراً بمن هو له ولو لم يكن هو يعرفه في الواقع^(١) .

ومنها حكم محكمة النقض المصرية الذي أصدرته في ٣ يونيه سنة ١٩١١ وواقفته أن النيابة اتهمت جماعة من الرهبان بسرقة قود وأوراق ومستندات لتأسيس كان يعيش معهم في دير من الأديرة التابعة لكنيسة الأقباط الأرثوذكس ، وذلك بطريق الإكراه ، فحكمت محكمة الجنايات ببراءتهم من السرقة (بناء على أنهم كانوا يعتقدون أنه لا يصح لراهب أن يحوز مالا ما ، وأن ما يحوزه من مال يجب رده إلى الدير الذي يعيش به) ، واعتبرت ما حصل منهم من التمدى على القسيس ضرباً عاقبتهم عليه . طعنّت النيابة في هذا الحكم فنقضته محكمة النقض معتمدة في ذلك — فيما اعتمدت عليه — على أنه مع فرض التسليم بقيام نيتهم هذه ومما كان لها من الاعتبار ، فإنه لا يمكن أن يكون لها بذاتها نتائج مدنية ، ثم إن استنتاج النية السليمة من اعتقاد المتهمين بأنهم لم يقصدوا إلا رد ما أخذوه إلى ملك الدير هو استنتاج خاطئ قانوناً لمخالفته القواعد المنصوص عليها في القانون المدني بشأن الملكية ولحكم المادة ٢ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية التي جاء فيها أنه لا يقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما قضت به القوانين والأوامر العالية من يوم وجوب العمل بمقتضاها^(٢) .

(٣) وقد قرأنا القاعدة الثالثة في كثير من أحكام محكمة النقض الفرنسية وبعض أحكام محكمة النقض المصرية . فن أحكام المحكمة الفرنسية حكم

(١) حكم ٧ سبتمبر سنة ١٨٥٥ (٥٥ د — ١ — ٣٨٤) وأقرأ أحكاماً أخر في جارسون (قرة ٥١٣ تحت المادة ٣٧٩ عقوبات) . وفي هذا المعنى حكم ١٤ مايو سنة ١٨٨١ (س ٨٢ — ١ — ٣٣١ وبالهامش أحكام أخر) .

(٢) الحكم رقم ٣١ (القضاء الجنائي) تحت المادة ٢٢٩ .

لها أصدرته في ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٢ قضت به حكم محكمة استئناف قضى بتبرئة متهمين بنصب بعد أن أثبت عليهم أفعال الجريمة المسندة إليهم وبنى برأتهم على أنه لا شيء في وقائع الدعوى يسمح بالاعتقاد بتوافر القصد الجنائي عندهم ، وقد جاء في حكم النقض أنه إذا كان المحاكم الاستئناف حق تقدير ظروف الدعوى التي يمكن أن تنفي عن وقائع التهمة كونها جريمة يعاقب عليها القانون ، فإن قضاءها ببراءة المتهم إنما يقع تحت رقابة محكمة النقض إذا تناقض مناقضة ظاهرة مع ظروف الدعوى الثابتة بالحكم أو كان نتيجة لخطأ في تطبيق القانون^(١) . ومنها حكم في ٢٥ فبراير سنة ١٨٦٩ قضت به حكم قاضي الموضوع الصادر ببراءة متهم بسرقة ، وقد جاء به أن مسألة القصد الجنائي هي من خصائص قاضي الدعوى يفصل فيها فصلاً نهائياً لا معقب عليه إلا إذا تناقض الحكم مع ظروف الدعوى الثابتة به^(٢) . ومنها حكم في ١٤ مايو سنة ١٨٨١^(٣) قضت به حكماً صادراً ببراءة متهمين بنصب بعد أن أثبت عليهم أنهم ارتكبوا ما أسند إليهم من أفعال الجريمة ، مستنداً في تبرئتهم إلى ما قاله من أن مراكرهم الاجتماعية وتركيتهم بحسن السيرة والاستقامة قد نفى عنهم القصد الجنائي . وقد صيغت قاعدة حكم محكمة النقض على الصورة الآتية : إذا كان لقاضي الموضوع أن يقدر تقديره نهائياً ظروف الأحوال التي يمكن أن تنفي عن الوقائع المسندة للمتهم كونها جريمة يعاقب عليها القانون de tout caractere de criminalité ، فإن رأيه في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض متى تناقض مناقضة ظاهرة مع تلك الظروف التي أثبتتها الحكم المطعون فيه^(٤) .

ومن أحكام محكمة النقض المصرية ما أصدرته في ٣ يونيه سنة

(١) ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٢ (س ٨٦٢ - ١ - ٦٢٦) .

(٢) ٢٥ فبراير سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ - ١ - ٣٢٩) .

(٣) ١٤ مايو سنة ١٨٨١ (س ٨٨٢ - ١ - ٣٣١) .

(٤) راجع بهذا المعنى حكم ٢٥ مارس سنة ١٨٨٦ وقد ذكره جارسون في فقرة ٨٦ تحت =

١٩١١^(١) و ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٢^(٢) وأول يولييه سنة ١٩١٦^(٣) و ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١^(٤) و ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٨^(٥) و ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢^(٦) ، وقد صاغ أول هذه الأحكام القاعدة الثالثة المتقدمة الذكر فقال : « إذا صح أن يقال إن وجود القصد الجنائي في تهمة سرقة يفصل فيه قاضي الموضوع نهائياً ، فإنه يصح أيضاً أن يقال إن الوقائع التي أثبتت ذلك القاضي إذا كانت مناقضة لما استنتجه منها من جهة القصد الجنائي فلمحكمة النقض الفصل في ذلك التناقض . وفي هذه الحالة تحترم محكمة النقض الحكم فيما هو خاص بالموضوع بأن تأخذ الوقائع الثابتة فيه وتكتفي بأن تعطليها من جهة القصد معناها الحقيقي ووصفها القانوني الصحيح وأن تصحح الخطأ في تطبيق القانون » .

ثم صيغت هذه القاعدة صياغة أخرى في حكم ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٨ حيث قال : « إن مسألة تعدد القتل مسألة موضوعية محضة لم يرد بالقانون تعريف لها ، وهي زيادة على ذلك أمر متعلق بالإرادة لا يشترط أن يتوافر حتماً من ظرف معين بل يرجع أمر توافره إلى سلطة قاضي الموضوع وحده من جهة تقدير الوقائع ، فله أن يستخلصه ويثبت توافره استقلالاً وخارجاً عن البيانات التي يثبتها في حكمه للأركان المادية الظاهرة . وليس في وسع محكمة النقض ، متى كان الأمر كذلك ، أن تتدخل في بحث هذه المسألة ، اللهم إلا في حالة وجود تناقض ظاهر في هذا الشأن بين بعض الظروف المادية التي يثبتها قاضي الموضوع بما له من الاستقلال في التقدير ، وبين

= المادة ٣٩٥ عقوبات ، وحكم ٢٨ مايو ١٨٨٧ (١٨٧-١-٢٠٣) وأحكاماً أخر ذكرها جارسون تحت المواد ١٤٥ و ١٤٦ و ١٤٧ ص ٣٢٦ ، وأحكاماً أخر أوردتها شوفررون بهامش الصحف ٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ .

(١) مج س ٩٢ ص ٢٧٥ .

(٢) مج س ٩٥ ص ٤٩ .

(٣) مج س ١٨ ص ١ .

(٤) مج س ٢٣ ص ٩١٦ .

(٥) القضية رقم ١٧٦٢ سنة ٤٥ قضائية ومجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١٢

(٦) القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٤٤ .

النتيجة المباشرة التي يستخلصها منها ، لأن وجود مثل هذا التناقض الصريح — حتى ولو كان خاصاً بالموضوع — من شأنه أن يلحق بالحكم بطلاناً جوهرياً^(١) .

ثم صيغت صياغة أخرى في حكم ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ قهيل : « إن نية القتل مسألة موضوعية بحته لقاضى الموضوع تقديرها بحسب ما يقوم لديه من الدلائل ، ومتى قرر أنها حاصلة للأسباب التي بينها في حكمه فلا رقابة لمحكمة النقض عليه ، اللهم إلا إذا كان العقل لا يتصور إمكان دلالة هذه الأسباب عليها » .

(٤) والقاعدة الرابعة قد استفادها (شوفرون) من حكيم أصدرتهما محكمة النقض الفرنسية^(٢) . وقد جاء في كليهما مع اختلاف يسير في التعبير : إن تقدير قاضى الموضوع للأحوال النافية لجنائية الحادثة هو تقدير نهائى ، إلا إذا تناقضت النتيجة التي استخلصها من هذه الأحوال مع وصفها القانونى الخاص بها avec le caractère legal qui leur appartient . وهذا التعبير على ما يقول (شوفرون) غير واضح ، بل هو لا يعطيك غير معنى التناقض الذى حدثتك عنه القاعدة الثالثة السابقة الذكر ، إذ التناقض لا يتصور حصوله حقيقة بين ظروف الدعوى وبين النتيجة التي تستخلص منها وإنما يتصور بين الذى استنتجه قاضى الموضوع من هذه الظروف وبين ما يستنتجه المنطق الصحيح منها ، وهو ما أريد التعبير عنه بقوله : « ومع وصفها

(١) صدر هذا الحكم برفض الطعن وقد جاء فيه بعد إيراد القاعدة المنقولة في المتن : « إنه خلافا لما ذهب إليه الطاعن لا تناقض في الحكم فيما أبجه من أن الصدى الحاصل من الطاعن لم يقع منه إلا بقصد التخلص من قبضة المجنى عليه لأن هذه العبارة إنما تتعلق بالفرض » فلم تعرض لمسألة توفر تعدد القتل التي تعرضت لها محكمة الجنائيات . فضلاً عن ذلك فإن الأسباب التي بموجبها سلم بتوفر ركن تعدد القتل تعتبر من قبيل المسائل الموضوعية ولا تنك في أن محكمة النقض أرادت أن تقول إن محكمة الموضوع قد بينت ظروف الأحوال التي استخلصت منها ما كان لدى التهم من نية ، وإنما لم تغطي قانوناً في تكييف هذه النية والحكم عليها بأنها نية قتل تبيل الصدى شروغاً في قتل لا ضرباً بسيطاً .

(٢) محاكم ٢ يناير سنة ١٩٠٣ (س ٩٠٤ — ١ — ٥٧) في مادة فك ختم . وحكم سنة ١٨٥٧ (د ٥٧ — ١ — ٣١٧) في خيانة أمانة (راجع شوفرون ص ٩٠) .

القانوني الخاص بها» وهذا يكاد يكون معنى القاعدة الثالثة .

وقد اقتبست محكمتنا المصرية هاتين القاعدتين في حكمها الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ قالت فيه : « وحيث إنه لا شك في أن لمحكمة الموضوع الحق في تقدير قيمة الأدلة الموجودة في الدعوى والحكم فيما إذا كانت الجريمة ثابتة أم لا ، ولكن يجب مع ذلك أن تبين الوقائع في حكمها بياناً كافياً حتى يتسنى لمحكمة النقض معرفة ما إذا كان الوصف الذي أعطاه قاضى الموضوع للواقعة مبنياً على استنتاج ممكن ومعقول ، فإذا كانت الوقائع المبيّنة بالحكم لا تتفق إلا مع نتيجة مختلفة عن التى أثبتتها قاضى الموضوع فمن الواجب على محكمة النقض أن تقضى بتعديل الحكم حتى يجعل الوصف متفقاً مع الوقائع الثابتة بالحكم . وحيث إن الدليل الوحيد الذى قام فى هذه الدعوى لثبوت تهمة السرقة هو أن التهم باع جملين من الجمل المسروقة وعدم إثبات حيازته لهما بشير طريق السرقة . وحيث إن حيازة الشيء المسروق وعدم إمكان إثبات مصدره يمكن أن يعتبر فى حد ذاته دليلاً على ارتكاب جريمة إخفاء الأشياء المسروقة ، ولكن لا يمكن اعتباره دليلاً على السرقة إلا إذا كان هناك ظروف أخرى يمكن بواسطتها إيجاد رابطة بين التهم والسرقة ... » إلى أن اتهمت من وصف التهمة وجعلها إخفاء أشياء مسروقة ^(١) .

فذهب المحكمتين فى هذه الأحكام يتحصل إذن فى أن قاضى الموضوع إذا اكتفى فى حكمه بالتقرير بوجود القصد الجنائى أو بعدم وجوده فإن حكمه يكون غير خاضع لرقابة محكمة النقض ؛ أما إذا عني بتسبب حكمه بإيراد ظروف الأحوال والملابسات التى حصل منها فهمه فى القصد الجنائى فإن حكمه عندئذ يخضع لهذه الرقابة فينتقض متى بنى على اعتبارات قانونية خاطئة أو كان موجب هذه الظروف

(١) راجع حكم ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ (مج س ٢٣ ص ١١٦) ونشرت قاعدته فى رقم ١٣٦ من كتاب القضاء الجنائى تحت المادة ٢٢٩ من ٢٢٠ ، وقد أوردنا هذا الحكم هنا لتلحق ما فيه بما نحن بصدده ، وإن كان فى جوهره خاصاً بتكليف الركن المادى .

الثابتة بالحكم مناقضا مناقضة ظاهرة لتلك النتيجة التي استخلصها القاضي من هذه الظروف .

٦٦ - تحليل ذلك ونقد: أما القول في القاعدة الأولى بأن مسألة ثبوت القصد الجنائي وعدم ثبوته مما يفصل فيه قاضي الموضوع فصلاً نهائياً لا معقب عليه ، فلم يكن معناه — في الأحكام التي استشهدنا بها — أن قاضي الموضوع حرّ في تحصيله فهم الواقع في مسألة نية الجاني من جميع عناصر التحقيق وظروف الأحوال ، بل كان معناه — على ما يظهر — أن القصد الجنائي أمر نسبي لا يثير مسألة قانونية ؛ ولهذا رأينا محكمة النقض قد اكتفت — في الأحكام التي استشهدنا بها على تقرير القاعدة الأولى — بما كان قرره قاضي الدعوى في حكمه من أنه لم يظهر له من فحص وقائع الدعوى أن المتهم كان سعي النية (ن . ف ٢٥ يولييه سنة ١٩٠٩ السابق الذكر) . وهذا النظر يقرب في جملته — على ما يظهر — من رأي فوستان هيلي فيما ذهب إليه من وجوب التفرقة في حكم التكيف بين العنصر المادي للجريمة وعنصرها النفسي حيث قال : ينبغي أن يمحصر التكيف في إعطاء العنصر المادي للجريمة مجرداً عن القصد الجنائي الوصف القانوني المناسب له . أما تقرير قاضي الموضوع وجود القصد الجنائي أو بعدم وجوده فإنه يكون تقريراً في مسألة واقعية ، وعلى هذا لا ينبغي لمحكمة النقض أن تناقشه في هذا الشأن بحجة ما ، حتى بلاء التناقض بين أسباب الحكم وموجبها ^(١) .

وعندنا أن هذا النظر واضح الخطأ من الناحيتين العملية والنظرية : فأما من الناحية العملية ، فلأن مراقبة محكمة النقض لا تؤتي ثمرتها على الوجه الأكمل إلا إذا وجب تسبب الأحكام تسبباً كاملاً ، سواء فيما يتعلق بواقع الدعوى أو بما يقتضي تطبيقه من القواعد القانونية على هذا الواقع ، والقول بالاكتفاء من قاضي الموضوع

بالتقرير بوجود القصد الجنائي أو بدم وجوده ، اعتباراً بأن ذلك مسألة واقعية ، لا شك في أنه يرى هذا القاضي بدم تسبب حكمه في هذه المسألة مخافة أن يجر عليه التسبب رقابة محكمة النقض فتقضى بنقض حكمه كلما استبان لها من أسبابه أن فيها مثلاً تناقضاً بين الظروف الواقعية الثابتة فيه والقصد الجنائي الذي استنطصه هو من هذه الظروف .

أما من الناحية النظرية فالأمر فيها يحتاج إلى تفصيل : إن التكييف قانوناً هو مطابقة الفعل المترف على ماله من تعريف في القانون ، وطبيعة هذه المطابقة تقتضى أن يكون ثمة فعل إجرامى يراد معرفة ما يصح إطلاقه عليه من اسم قانونى يعرف به ويتميز به عن غيره وأن يكون للاسم القانونى الذى يراد إطلاقه على الفعل المترف مدلول قانونى متميز عن غيره ، ثم تحصل المطابقة بين هذا المدلول وذلك الفعل ؛ ولا وجه في النظر للفرقة في هذه المطابقة بين العنصر المادى للجريمة وعنصرها النفسى ، لأن القاضى يجب أن يكون له نوع فهم في كل منهما ، ومادام تعريف الجريمة يشمل المنصرين فلا بد من رد فهم الواقع في كل منهما إلى حكم القانون فيه ؛ ونتيجة هذا التفصيل أن التكييف في المنصرين هو عمل قانونى يجب أن تراقبه محكمة النقض .

نم إن القاضى يحصل فهمه في مساءلة الجاني النفسية باستدلال عقلى لا دخل للقانون فيه فهو أمر واقعى صرف (ولا شبهة عندنا في ذلك) ، ولكن القاضى لا ينتقل طرفة من هذا الاستدلال وتحصيل فهمه منه إلى توقيع العقاب على الجاني ، لأنه لا يقول مثلاً إن اللهم قد أخذ الأوراق المالية التى التقطها من أرض إحدى مكاتب المصرف (القضية التى أصدرت فيها محكمة النقض الفرنسية حكماً المؤرخ في ٢٧ سبتمبر سنة ١٨٨٥) ، وإنه كان يقصد ارتكاب جريمة السرقة فيكون عليه عقابها ، بل يقول إنه قد أخذ هذه الأوراق بقصد اختلاسها وارتكاب جريمة السرقة فيكون عليه عقابها ؛ ومعنى هذا أن القاضى بعد أن يثبت على الجاني فعل

الأخذ ينظر فيما إذا كان هذا الأخذ ينطبق عليه تعريف الاختلاس قانوناً أو لا ينطبق ، وهو في هذا النظر مضطر إلى مطابقة ما كان للمتهم من نية في هذا الأخذ على تعريف القصد الجنائي في السرقة فإن انطبق عليها أوقع العقاب على الجاني ؛ ولهذا كان تكييف العنصر النفسي في الجريمة — عندنا — هو مطابقة ما استخلصه قاضي الموضوع من نية المتهم على تعريف هذه النية الخاصة في القانون ، فليس في التكييف على هذا الوضع أى تدخل في واقع الدعوى كما ظن في الرأي المخالف .

ولك أن تقول — زيادة في الشرح — إن تكييف القصد الجنائي يقطع في مذهبنا ثلاث مراحل : في الأولى منها يحصل قاضي الموضوع فهم الواقع في الدعوى من ناحية ما اشتملت عليه من ظروفها المادية ، وفي الثانية يحصل فهم حالة الجاني النفسية مستدلاً عليها بهذه الظروف ، وفي المرحلة الثالثة من هذه المراحل يطبق هذا الذي حصله من حالة الجاني النفسية على حكم القانون في هذه الحالة ؛ ولا شك أن اجتهاد القاضي في هذه المرحلة الأخيرة هو اجتهاد في القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض .

وأما القاعدة الثانية — التي محصلها أنه ينبغي لمحكمة النقض أن تقضى بنقض الحكم المطعون فيه كلما تبين لها من أسبابه أن قاضي الموضوع قد أخطأ خطأ قانونياً في القول بمسألة الجاني عما اقترف أو بعدم مساءلته — فهي قاعدة صحيحة ، وإن كان بعض الأحكام لم يحسن صياغتها أو خلط بينها وبين القاعدة الثالثة أو بينها وبين الرابعة . ذلك بأنه ما دام القصد الجنائي له تعريف عام أو خاص ، وما دام على قاضي الدعوى أن يكتيف حاصل فهمه في مساءلة الجاني بهذا التعريف ، فمحكمة النقض ينبغي لها أن تنظر فيما إذا كان هذا القاضي قد أخطأ في هذا التكييف برد حاصل فهمه إلى تعريف غير صحيح أو لم يخطئ ، فإن رأته قد أخطأ قضت الحكم و بنت حكمها على وقوع الخطأ في تكييف القصد الجنائي ، الذي هو خطأ

في القانون لا محالة . فإذا فرضت أن القصد الجنائي في الواقعة يمكن تعريفه بأنه إرادة الجاني وعلمه أنه يرتكب الجريمة الفلانية المماثلة لما قبلها قانوناً ، فإن محكمة النقض متى لاحظت أن قاضي الدعوى قد صدر في حكمه عن تعريف آخر غير صحيح أو أنه خلط مثلاً بين القصد الجنائي والباعث على ارتكاب الجريمة ، فإنها تنقض الحكم المطعون فيه لا محالة .

وليس من الضروري أن يصرح قاضي الموضوع بالتعريف القانوني الذي اختاره للقصد الجنائي وأجرى التكيف على موجهه ، بل يكفي أن يشهد عليه بأنه أخطأ . ولهذا رأيت محكمة النقض الفرنسية تنقض في حكمها المؤرخ في ٢٩ مايو سنة ١٨٦٢ المتقدم الذكر على محكمة الموضوع خطأها فيما سببت به حكم البراءة — الذي أصدرته مؤسساً على انتفاء القصد الجنائي — من أن التهم بالنصب كان يجهل أنه فيما اقترفه كان يصطنع الغش والاحتيال على المجنى عليه ، وكما نفت في حكمها المؤرخ في ٧ سبتمبر سنة ١٨٥٥ على قاضي الموضوع خطأه فيما قاله في حكم البراءة — المؤسس كذلك على انتفاء القصد الجنائي — من أن التهم بسرقة الأوراق المالية كان يجهل عند التقاطها أنها ملك صاحبها . ورأينا كذلك محكمة النقض المصرية في حكم ٣ يونيو سنة ١٩١١ تصرح بخطأ محكمة الجنائيات فيما قالت بشأن قصد أولئك الرهبان الذين أخذوا بالإكراه أموال قسيس منهم ممتدين أنهم إنما كانوا يبتغون رد ما أخذوه على الكنيسة ليس إلا .

وأنت لو تأملت في كل هذه الأحكام وما ماثلها لرأيت حقا أن الخطأ الذي يكون قاضي الموضوع قد وقع فيه إنمياً هو خطأ في التكيف بوضعه تعريفاً خاطئاً للقصد الجنائي أو بخلطه بين هذا القصد وبين الباعث على ارتكاب الجريمة ، ثم بتكييفه حاصل فهمه في الدعوى على موجب هذا التعريف الخاطيء . نعم إنك قد لا تجد في بعض هذه الأحكام ذكراً للفظ التكيف ولا للخطأ فيه ، ولكن

عدم استعمال هذا اللفظ لا يبنى أن الخطأ الذى تشير إليه إنما هو قد وقع فى تعريف القصد الجنائى فى إجراء التكيف على موجب ثم فى إنزال حكم القانون على حاصل التكيف الخاطى مما يسرى بالتصاأ إلى الحكم برمته^(١).

أما القاعدتان الثالثة والرابعة اللتان تذرعت بهما محكمة النقض الفرنسية فى نقض الأحكام المتقدمة الذكر وما ماثلها وحذت محكمةنا المصرية حذو تلك المحكمة فيما أصدرته من أحكامها كذلك ، فلا نرانا بحاجة إليهما فضلا عما فيهما من غموض .

ونظن أن الذى ألجا محكمة النقض إلى نقض الأحكام المطعون فيها وتطيل أحكامها هى بما رآته فى أسباب تلك الأحكام من تناقض ، إنما هو ماراعها فى هذه الأحكام من أنها صادرة بالبراءة على رغم ما جاء فيها من بيان وقائع الدعوى بياناً دالاً دلالة أكيدة على توافر القصد الجنائى لدى المتهمين ، ولذلك أقدمت على نقض الأحكام المطعون فيها ، لا على أساس أنها هى قد وقعت منها على

(١) ولو شئنا لأطلنالك فى هذا المقام على أحكام كثيرة أصدرتها دائرتنا الجنائية راقبت فيها تكيف القصد الجنائى الحاصل فهمه فى الدعوى بصرفه القانونى ثم نقضت أحكاما أصدرتها محكمة الموضوع خالفت فيها الصريفه الحق للقصد الجنائى ، ولأرتناك أحكاما أخر راقبت فيها هذا التكيف من ناحية قصور الأحكام عن بيان ما يبدل على أن قاضى الموضوع قد اشتغل بتحصيل القصد الجنائى ثم بتكيفه على موجب تعريفه القانونى الصحيح . ولستنا مع ذلك نشير بمراجعة الأحكام الآتية فى مجموعة القواعد القانونية ج ١ : الحكم رقم ١٧٨ الخاص بالقصد الجنائى فى جريمة السرقة ورقم ٦٧ و ٦٩ و ٩٩ و ٢٢٥ فى نية القتل العمد ورقم ٣٢٤ فى قصد السرقة .

ولا يقدح فى ذلك ما نرهؤه فى بعض الأحكام — التى أصدرتها محكمةنا المصرية بخصوص بعض الجرائم التى يكون فيها معنى القصد الجنائى هو مجرد إرادة ارتكاب الفعل الجنائى — من أن ركن العمد فيها هو مأة موضوعية مخصصة يمكن استخلاصها ضمناً من تسليم قاضى الموضوع بصفة علمية بثبوت الواقعة الماآب عليها (الحكم رقم ١٤ فى بيان القصد الجنائى فى الجرائم المنصوص عليها فى قانون المواد المخدرة) لأن هذه الأحكام تقرر أنه لا يشترط لتوفر ركن العمد إلا مجرد العلم والإرادة ولا يفتر تخفقه إلى فكر تدلىسى أو قصد سى " ضامين " وكأنها تقول إن الخطأ فى تكيفه القصد الجنائى فى هذه الجرائم لا يكاد يقع لأن هذا القصد يعتبر قائماً بمجرد التسليم بثبوت صدور الفعل الجنائى عن الجانى عن علم وإرادة تابين فى الدعوى .

خطأ في التكيف وأن لها الرقابة على التكيف في القصد الجنائي وأن الخطأ فيه خطأ في القانون ، كما كان ينبغي أن يقال ، بل على أساس آخر هو — على ما يظهر — ما وقع في تلك الأحكام من تناقض أنزلها منزلة الأحكام الخالية من الأسباب . وهذا الظاهر — لوصح — لا نستطيع معه أن نقول إن محكمة النقض تراقب التكيف في القصد الجنائي ، وإنما نستطيع أن نقول إنها إنما راقبت تطبيق القاعدة الشكلية التي أوجب بها القانون على القضاة تسبيب الأحكام التسبب الكافي وإلا كانت لغوا .

لوصح هذا الظاهر تكون محكمة النقض قد تدخلت على نوع ما في بحث مسألة القصد الجنائي ، بنير أن تظهر أنها قد تدخلت فيها حتى لا يعاب عليها أنها لم تحسن التمييز ما هو من فهم الواقع وما هو من فهم حكم القانون في هذا الواقع . وهما يمكن الأمر قد تمكنت محكمة النقض بهاتين القاعدتين من قض كثير من الأحكام الخاطئة .

وقبل أن نبين لك أن محكمة النقض كانت تستطيع قض تلك الأحكام المعيبة وبناء قضائها على وقوع خطأ في القانون ليس إلا ، ينبغي أن نعالج الكشف عما أرادته محكمة النقض من ذلك « التناقض » وعما يمكن أن يراد به فنقول : قال (شوفرون)^(١) إنه يظهر له أنه من الصعب معرفة ما الذي أرادته وتريده محكمة النقض من قولها : « إن في تقدير الحكم المطلق فيه للوقائع النافية للقصد الجنائي تناقضاً ظاهراً بين تلك الوقائع المادية الثابتة بالحكم وما يجب أن يعطى لها من وصف قانوني » .

(avec les caractères legaux qui appartiennent aux circonstances appréciées par cet Arrêt).

قال ولعلها أرادت من هذا القول ما أرادته من قولها الآخر : « إن الحكم المطلق فيه قد تناقض مع الوقائع المادية الثابتة به » فتكون القاعدتان بمعنى واحد ..

ولعل مما يؤكد هذا القول أن محكمة التقضى الفرنسية كانت تتناوب استعمال القاعدتين فى ظروف مماثلة : خذ لذلك مثلاً حكمها الصادرين فى ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٢ و ١٤ مايو سنة ١٨٨١ وحكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٠٣ ، فقد قالت فى حكمها الأولين إن تقرير قاضى الموضوع بنفى القصد الجنائى عن التهم إنما يقع تحت رقابتها لتناقضه مناقضة ظاهرة مع ظروف الدعوى الثابتة بالحكم المطعون فيه ، وقالت فى حكمها الأخير إن تقدير قاضى الموضوع لظروف الأحوال النافية للجنائية الحادثة يقع تحت رقابتها إذا تناقضت النتيجة التى استخلصها من هذه الأحوال مع وصفها القانونى الخاص بها .

ولا معنى لتناقض الحكم مع الوقائع المادية الثابتة إلا أن هذه الوقائع تنتج نتيجة منطقية مناقضة لتلك النتيجة التى انتهى إليها قاضى الدعوى وأُنزل حكمه على مقتضاها . وإذا صح هذا وهو صحيح تأكد لك ما قلناه من أن محكمة التقضى قد توارت تحت ستار القول بهذا التناقض حتى تأمن الاعتراض عليها بأنها إذ تطرح النتيجة التى انتهى إليها قاضى الموضوع بمدفخص وقائع الدعوى ثم تستبدل بهذه النتيجة النتيجة المنطقية التى تنطق بها هذه الوقائع ، تكون قد تدخلت فى الموضوع نوع تدخل لاحق لها فيه .

وفى الحق أن هذا الاعتراض لا يندفع إلا إذا قلت بأن التكييف يجرى فى القصد الجنائى للجريمة كما يجرى فى العنصر المادى منها وأنه يتحقق بمطابقة ما استخلصه قاضى الموضوع من الوقائع الثابتة فى الدعوى ، دالا على حالة الجانى النفسية ، على ما للقصد الجنائى فى هذه الجريمة من تعريف ، فإن رأيت محكمة التقضى أن النتيجة التى وصل إليها القاضى بعد إجراء هذا التكييف لا تنطبق على حكم القانون تبينت أن هناك خطأ فى التكييف لا محالة يوجب تقضى الحكم . ولعل هذا المعنى هو الذى لحته محكمة التقضى وأرادت التعبير عنه بالقاعدة الرابعة فى مداواة وضعف .

٦٧ — ومن كل هذا يتبين لك أن القول بالتناقض بنوعيه لا أساس له

من النظر الفقهي وأن الأوجه هو الاكتفاء بالقاعدة الثانية التي تبرز التكيف وتجعل الخطأ فيه خطأ في القانون يعيب الحكم ويوجب نقضه .

وإنك لتستطيع أن تقيم أحكام المحكمتين السابقة الذكر على مجرد وقوع الخطأ في القانون : ففي جنابة السرقة التي اتهم فيها أولئك الرهبان وحكمت محكمة الجنابات بتبرئتهم من تهمة السرقة ، كان خطأ حكم هذه المحكمة واقعاً في مطابقة نيتهم البنية على اعتقادهم الديني ، على تعريف نية الاختلاس في السرقة ، وكان يصح لمحكمة النقض أن تبني حكمها على وقوع خطأ في القانون — كما فلت وذكرته في صدر حكمها — وألا تحشر في أسبابه قاعدة التناقض التي نقلتها تقليداً عن حكم محكمة النقض الفرنسية . وكذلك في واقعتي النصب اللتين صدر فيهما الحكمان للورخان في ٢٨ مايو سنة ١٨٦٢ و ١٤ مايو سنة ١٨٨١ كان يمكن بناء الحكمين على وقوع خطأ في تكيف القصد الجنائي مصدره اعتماد الحكم المطعون فيه على تعريف غير صحيح لهذا القصد . وكذلك كانت تستطيع محكمة النقض الفرنسية بناء حكمها الصادر في قضية سرقة الأوراق المالية (حكم ٧ سبتمبر سنة ١٨٥٥) كما كانت تستطيع محكمة النقض المصرية بناء حكمها في قضية سرقة الجبال على وقوع خطأ قانوني في التكيف في الحكم المطعون فيه منشؤه فساد التعريف الذي وضع للقصد الجنائي وإيقاع التكيف على موجهه .

والخلاصة أن الذي نعييه على الأحكام الفرنسية والمصرية — بوجه عام — هو تقريرها أن مسألة وجود القصد الجنائي وعدم وجوده هي مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع فصلاً نهائياً ، ثم استثناءها بعض الصور ومحاولة تدعيم هذه الاستثناءات بالخطأ في القانون أو بالتناقض في الأسباب على ما سبق تفصيله ، مع إمكان القول فيها جميعاً بالخطأ في تطبيق حكم القانون في القصد الجنائي على ما سبق تفصيله كذلك . والذي نعييه بوجه خاص على حكم محكمتنا الصادر في ١٨ نوفمبر

سنة ١٩٢٨^(١) هو ما جاء فيه ، في سياق التدليل على أن مسألة وجود القصد الجنائي هي مسألة موضوعية ، من أن مسألة قصد القتل لم يرد بالقانون تعريف لها — مما لا نجد في أحكام محكمة النقض الفرنسية منذ عدولها عن الأخذ برأى باريس فيما ذهب إليه من جعل التكيف كله موضوعيا في الجرائم التي لم يرد لها في القانون تعريف ألبتة — فيفصل فيها قاضي الموضوع بغير مراقبة . والذي يدل على أنه لم يكن لمحكمة النقض فكرة ثابتة في إيراد هذه الجلسة بهذا الحكم أنها تراقب التكيف فيما كانت ألفاظ القانون فيه غير معرفة ، وأن لها في تحديد معاني الكثير من هذه الألفاظ عملا يؤثر ويشكر .

من ذلك تعريفها القصد الجنائي في جريمة السرقة بأنه ينحصر في قيام الملم عند الجاني وقت ارتكاب الجريمة بأنه يختلس المنقول المملوك للغير رغم إرادة مالكه بنية أن يملكه هو لنفسه^(٢) . وما قررته بحكمها المؤرخ في ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠

(١) وقد ترى هذا العيب في أحكام أخر أصدرتها الدائرة الجنائية : من ذلك حكمها في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ الذي تقول فيه : إن تهدر أن التهم كان في حالة دفاع ضروري لرد الاعتداء ، أو غير ضروري مسألة موضوعية من اختصاص محكمة الموضوع الفصل فيها بدون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض اللهم إلا إذا كانت الوقائع التي تنبئها المحكمة دالة على تحقق معنى الدفاع الشرعي قانوناً وأنها في القول بعدم قيامه تكون أخطأت في فهم هذا المعنى (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١١٨) . ومنها حكمها في ٢٢ مايو سنة ١٩٢٣ الذي تقول فيه : إن مسألة الدفاع الشرعي هي مسألة موضوعية داخل تهدرها — مبدئياً — تحت سلطان قاضي الموضوع ، إن وجوداً وإن عدماً ، وليس لمحكمة النقض التدخل في هذا التقدير اللهم إلا إذا تبين أن النتيجة التي وصل إليها قاضي الموضوع لا تتفق منطقياً وما أثبتته الحكم من القدمات والوقائع (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٣٧) وراجع حكم ٢ يناير سنة ١٩٢٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٢) .

والحق أن حالة الدفاع الشرعي عن النفس ، أو عن المال ، كلناهما حقيقة قانونية ينبت المواد ٢٢٣ وما بعدها من قانون العقوبات أركانها وحدودها ، فإذا كان قاضي الموضوع حرا في تحصيل فهم الواقع في أركانها وشروطها فهو خاضع لرقابة محكمة النقض في تكيف كل ركن وكل شرط من أركانها وشروطها بحكم ما يقابلها من أركان وشروط تلك الحقيقة القانونية — وكان من الممكن تحليل رفض الطعن بأن فهم الواقع في الحقائق القانونية جميعها دخل تحت سلطان قاضي الموضوع ، أما تكيف هذا الفهم بحكم القانون فرأيه فيه خاضع لرقابة محكمة النقض .

(٢) ١٧٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ (المحاماة س ٤٠ رقم ٥٧) .

بشأن القصد الجنائي في جريمة هدم الجسر المجهول حداً بين الملاكين من أن مجرد هدم الجسر ولو باعتقاد أنه ملك له لا يعنى فاعله من العقاب ما دام أنه بفعله هذا قد أزال حداً متعارفاً من قديم الزمان بأنه الحد الفاصل بين ملكين متجاورين، وأن هذا الفعل معاقب عليه قانوناً^(١). وما قررته في حكمها المؤرخ ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ من القواعد فيما يختص بالقصد الجنائي في جريمة الإهانة المبينة بالمادة ١٥١ المدلة أخيراً، إذ قالت: «إن حسن النية الذي يتطلبه القانون في جريمة الإهانة هو اعتقاد المتهم بصحة الوقائع التي ينسبها لغيره، وأن يكون قصده مما يقتضيه من ذلك مصلحة البلاد لا مجرد التشهير^(٢)». وما قررته في حكم ٣١ مارس سنة ١٩٣٢ بشأن سلامة النية المشروط في الفقرة الثانية من المادة ٢٦١ عقوبات وجوب توفرها لإعفاء القاذف من عقوبة قذفه في حق الموظفين من أنه يلزم على الأقل أن يكون موجه الانتقاد يعتقد في ضميره صحته، وأن يكون قدر الأمور التي نسبها الموظف تقديرًا كافيًا، وأن يكون انتقاده للمصلحة العامة لا لسوء قصد، وأنه من الواجب على قاضي الموضوع عند بحثه في توفر هذا الشرط أن يفهمه على ذلك المعنى، فإن فهمه على معنى آخر كان حكمه واقماً تحت رقابة محكمة النقض من جهة خطئه في تأويل القانون وتفسيره إلى أن قالت: «وهذه مسألة قانونية بحثت^(٣)».

ومن ذلك أيضاً ما قررته بحكمها المؤرخ في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٣ من أن القصد الجنائي في الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢١٧ يتحقق بمجرد وضع النار عدداً في المكان المسكون أو المهد للسكن أوفى إحدى ملحقاته المتصلة به، فتمتثل للقاضي

(١) ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٦).

(٢) ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ في القضية رقم ٦٦ سنة ٢ قضائية (مجموعة القواعد

ج ٢ رقم ٢٣٣).

(٣) ٣١ مارس سنة ١٩٣٢ (مجموعة القواعد ج ٢ رقم ٣٤٢) وراجع حكم ٢٧ نوفمبر

سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٢٣) في بيان القصد الجنائي في الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٢١٧ عقوبات.

أن وضع النار كان على هذا الوجه وجب تطبيق تلك المادة ، وأن العمد هنا معناه توجه الإرادة اختياراً إلى وضع النار في المكان أيا كانت نتيجته سواء أكان القصد الأول هو مجرد إحراق المكان نفسه ، أم كان وضع النار في المكان وسيلة لتحقيق أى قصد آخر^(١) .

ولا تكتفى محكمة النقض في مدققاتها على تكيف القصد الجنائي بتحديد معنى هذا اللفظ في كل جريمة عمدية ثم بأخذها قاضي الموضوع بهذا التحديد فيما كيف هو به حاصل فبمه في نية المجرم من القضاء بنقض الحكم المطعون فيه إذا رآته قد أخطأ في التكيف — لا تكتفى محكمة النقض بهذا النوع من الرقابة ، بل إنها تجري على قض الحكم متى رأت قصوره عن البيان الكافي الواجب لمعرفة توافر سوء القصد في الدعوى أو عدم توافره^(٢) .

٦٨ - الاشتراك بالتحريض على ارتكاب الجريمة : ولفظ التحريض على ارتكاب الجريمة هو من الألفاظ التي أخذها القانون من مجرى اللغة في معنى الحث والحض ، فصار من الألفاظ القانونية التي ينبغي للقاضي أن يحدد معناها قبل إجراء تكيف الواقع في الدعوى بها ، على ما سبق تفصيله عند الكلام على التكيف بوجه عام .

ولئن كان قانون العقوبات القديم قد عدد في المادة ٦٨ طرق التحريض أسوة بالقانون الفرنسي والقانون البلجيكي ، واشترط أن يكون التحريض مصحوباً بهدية أو وعد أو وعيد أو تخادعة أو دسيسة أو استعمال سلطة أو صولة ، ثم جاء القانون الجديد لحذف هذا التعداد مكتفياً بقوله في الفقرة الأولى من

(١) ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٤) .

(٢) ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في جريمة خيانة الأمانة (المحاماة س ٣ رقم ٦٢ ص ١٢١ والجدول المصري رقم ٤٠٩٠) وحكمها في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ (المحاماة س ١٠ رقم ١٢٢ ص ٢٦٩ والجدول المصري رقم ٤١٩٨) وحكمها في ٧ مارس سنة ١٩٢٧ في السرقة (المحاماة سنة ٨ رقم ١١١ ص ١٥٦ والجدول المصري رقم ٤٤٣٩) .

المادة ٤٠ « يعد شريكاً في الجريمة : أولاً — كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض » ، فلا ينبغي مع ذلك أن يفهم من هذا الحذف بعد ذلك التعداد أن الشارع قد ترك التكييف في التحريض لقاضي الموضوع كما توهم بذلك أسباب حكم محكمة النقض الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١١^(١) ، لأن علة هذا الحذف على ما جاء

(١) ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١١ (المجموعة الرسمية س ١٣ عدد ١٧) وتتلخص وقائع الدعوى في أن النيابة اتهمت عمدة ناحية وعامل تليفونها وثالثاً من أهالي هذه الناحية ، الأول بارتكابه تزويراً في دفتر أحوال الناحية بزيادة كلمات هي (مرسول بلاغ باسم نهر القرعة فلان) في آخر الصحيفة الأولى من أحوال يوم ٢٨ مارس سنة ١٩١١ بقصد إثبات أنه بلغ المركز في التاريخ المذكور بزوال حالة معافاة نهر القرعة المذكور ، وحصل ذلك في المدة التي بين ٢٦ يناير سنة ١٩١١ تاريخ البلاغ الأول عن حصول هذا التستر و ١٣ فبراير سنة ١٩١١ تاريخ التبليغ عن حصول هذا التزوير ؟ والثاني بصفته شريكاً في الجريمة المذكورة طبقاً للمادة ٤٠ فقرة ثالثة عقوبات بأنه مع علمه بالجريمة ساعد الفاعل الأصلي المذكور بأن حرر بخطه الكلمات المذكورة في دفتر المذكور الخ ؛ والأول مع الثالث بصفتها موظفين لها شأن في تنفيذ قانون القرعة أهملوا عمداً في تأدية الواجبات المفروضة عليهما بأن لم يلبوا عن زوال معافاة نهر القرعة ، واستمر هذا التستر من يوم ٥ أبريل سنة ١٩٠٨ لغاية تاريخ تهديم البلاغ عن هذا التستر في يوم ٢٦ يناير سنة ١٩١١ ، وطلبت إحالة المتهمين على محكمة الجنايات لمحاكمة الأول بالمواد ١٧٩ ، ١٨٠ ، ٤٠ ، ٤١ من قانون العقوبات و ١٢١ من قانون القرعة ، ومحاكمة الثاني بالمواد ١٧٩ ، ١٨٠ ، ٤٠ من قانون العقوبات ، ومحاكمة الثالث بالمادة ١٢١ من قانون القرعة . وقاضى الإحالة قرر إحالة المتهمين على محكمة جنابات طنطا لمحاكمة الأول بالمواد ١٧٩ ، ١٨٠ ، ٤٠ عقوبات و ١٢١ من قانون القرعة ، والثاني بالمواد ١٧٩ ، ١٨٠ ، ٤٠ عقوبات ، والثالث بالمادة ١٢١ من قانون القرعة العسكرية . قال حكم محكمة النقض في هذه القضية : إن محكمة الجنايات رأت أن الواقعة هي أن المتهم الأول حرض المتهم الثاني على ارتكاب التزوير في دفتر الأحوال وذلك بزيادة الكلمات بالكيفية المبينة آنفاً ، وأن المتهم الثاني هو الكاتب لهذه الكلمات الزائفة فوقت جناية التزوير بمعرفة المتهم الثاني بناء على تحريض الأول ، وأن عقاب المتهم الأول يدخل تحت نص المادتين ١٨٠ و ٤٠ فقرة أولى عقوبات ، وعقاب الثاني تحت نص المادتين ١٨٠ و ١٧٩ عقوبات وانضح لها من ظروف القضية ومن أقوال المتهم الأول والثالث أن هذا الأخير لما سمع من الناس بولادة أخ لنهر القرعة أبلغ المتهم الأول (العمدة) بزوال معافاة نهر القرعة وعليه فلا مسئولية جنائية على المتهم الثالث ولما انتهت محكمة النقض من تقرير الواقع على هذا الوجه ، وأن المتهمين الأول والثاني رضا طناً عن حكم محكمة الجنايات قالت : « من حيث إن القانون لم يوضح ما هو المراد من كلمة (تحريض) فهذه المسألة تتعلق إذن بالموضوع وترك لقاضي الموضوع الذي يقدرها ويفصل فيها نهائياً ، بناء على =

في تعليقات وزارة الحفائية هو « أن قوله (مخادعة أو دسيسة) قول عام يدخل تحته التحريض على أى شكل وقع ، ومع ذلك فمجموع العلماء يسعون لإيجاد تقييد لهذا التسميم ؛ فإذا صرف هذان اللفظان إلى أعم معانيهما صدقا على المشورة والحض والإيعاز ، ولكن القانون قد جعل لهذا اللفظ معنى مقيدا ؛ وإذا أخذنا قوله (المخادعة أو الدسيسة) بمعناها العام فيكون تعداد باقى الوسائل التى هى التهديد والوعد . . . الخ ، لازوماً له ؛ وأما إذا قيدنا معناها فيصير مدلولها غير محقق ويجوز أن ينبجأ أشخاص هم فى الحقيقة مدانون بجرائم من طائفة كل عقاب . » وقد نقل كتاب « التعليقات الجديدة على قانون العقوبات » عن محضر مجلس شورى القوانين أن لجنة الحفائية رأت عند نظر قانون العقوبات الجديد أن لفظ التحريض ربما لا يشمل بعض ما كان مفسراً به فى أصل القانون الحالى (القديم) وطلبت وجوب تفسير لفظ التحريض والإتيان بلفظ آخر ، ولكنها لما استفهمت من المستشار القضائى عما أريد بالتحريض أجابها « إن المراد منه ما يشمل جميع ما نص عليه فى المادة ٦٨ من القانون الحالى (أى القديم) وزيادة عنه ويدخل فيها أمر صاحب الرئاسة على مأموره وغيره » ، فاكتمت اللجنة بهذا التفسير وأبقت النص على حاله ^(١) .

== ذلك فانه يمكن أن يثبت وجود التحريض وليس عليه أن يبين تفصيلاً الأركان المكونة له .
ثم حكمت برفض الطعن .

ونحن — مع اعترافنا بفساد هذا التعبير — لا نشك فى أن محكمة النقض إنما كانت تقصد أن تقول — بعد إيرادها موضوع التهمة وما كلفتها به النيابة وفاضل الاحالة ثم محكمة الجنايات — ان لقاضى الموضوع أن يستخلص من وقائع الدعوى وظروفها أن أول المتهمين هو الذى حرض الثانى على ارتكاب جريمة التزوير فوقمت بناء على هذا التحريض ، وأن محكمة الجنايات لم تخطئ فى وصف الأفعال الناتجة على كل من المتهمين إذ اعتبرت أن العمدة هو الذى حرض عامل التليفون على ارتكاب التزوير فى دفتر الأحوال لينقل تسمته هو على زوال مسافة نفر القرعة ، واعتبرت عامل التليفون أنه هو الذى ارتكب فعل التزوير بزيادة السجلات بدفتر الأحوال ، ولذلك رفضت برفض الطعن . هذا هو الذى نظن أن محكمة النقض أرادت أن تقولها فأساءت التعبير عنه بما يوم أن التكليف بالتحريض من خصائص قاضى الموضوع .

(١) راجع التعليقات الجديدة لبيد الهادى الجندى بك ص ٦٤ و٦٨ .

على أن الشارع لم يكتف بأخذ لفظ التحريض بمعناه الأعم الذى يشمل جميع طرق التحريض المبينة بالقانون القديم وغير المبينة به^(١)، بل ضبط معناه بما اشترطه من كون المحرّض قد طلب ممن حرضه ارتكاب الفعل الإجرامى الذى أتمه أو شرع فيه، ومن كون هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض، ليخرج بالشرط الأول مجرد إلقاء المحرّض فى روع من حرضه شعور البفض والانتقام من عدوه ليدفعه إلى ارتكاب جريمة ضده، وليخرج بالشرط الثانى التحريض المبهم الذى لا تكون له إلا علاقة بعيدة بالفعل المرتكب بحيث لا يمكن اعتبار هذا الفعل أنه نتيجة لهذا التحريض.

وقد أشارت محكمتنا إلى المعنى المتقدم الذكر فى حكمها الذى أصدرته بتاريخ ١٦ ماي سنة ١٩٢٩^(٢) برفض طعن بنى على أن الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعن شريكاً فى التحريض بدون أن يبين وجه التحريض ولا نوع السلطة التى لهذا الطاعن على زميله فجعلته يدعى لتحريضه، إذ قالت: «لا يلزم لتوافر التحريض القانونى أن يكون للمحرّض سلطة على المحرّض تجعله يخضع لأوامره بل يكفى أن يصدر من المحرّض من الأفعال والأقوال ما يهيئ شعور القاعل فيدفعه للإجرام» ثم قالت: «إن ما ثبت فى الحكم كان أدخل فى مقارفة الفعل المكون للجريمة من الاشتراك فيها بالتحريض».

٦٩ - مسائل مشورة: والظاهر فى كثير من أحكام محكمة النقض الجنائية المصرية أنها لا تترك لقاضى الموضوع سلطة تكييف الواقع فى الدعوى فيما لم يعرفه القانون من أقاطله وعباراته، بل الظاهر أنها لا تألوا جهداً فى تعريف وتحديد ما جاء فى القانون غير معرف. فمن ذلك أنها عرفت «الطريق العام» الوارد

(١) ويقول جرائمولان إنه إذا كان اليان القديم لا وجود له الآن فى القانون فهذا لا يمنع من الاسترشاد به واتخاذ ما كان يشتمل عليه من طرق كأثلة على التحريض (ن ٦٢٨ و ٦٣٠)

(٢) مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٣٠٨ رقم ٢٦٣

ذكره بالمادة ٢٧٢ عقوبات^(١)، و « جنس البضاعة » الوارد بالمادة ٣٠٢^(٢)،
وعبارة « نظام الحكومة المقرر في القطر المصري »^(٣)، و « الإكراه » في باب
السرقة^(٤)، و « الاختلاس » في جريمة اختلاس الأشياء المحجوزة^(٥)، و « الضرب
والجرح »^(٦)، و « هتك العرض »، و « الفعل القاصح »^(٧)، و « الإهانة »
في حكم المادة ١١٧ عقوبات^(٨)، و « الإكراه » في حكم المادة ٢٧١ عقوبات^(٩)،
و « رجال القوة العمومية » المرخص لهم بحمل السلاح في الفقرة الثانية من المادة
الأولى من قانون رقم ٨ سنة ١٩٢٧^(١٠)، و « البدء في التنفيذ »^(١١)، و « التوافق »

(١) بأنه كل طريق مباح للجمهور المرور فيه في كل وقت وبغير قيد سواء أ كانت
أرضه مملوكة للحكومة أو للأفراد (١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ بمجموعة القواعد القانونية ج ٢
ص ٣٧٠ رقم ٣٠٢) .

(٢) وعرفت جنس البضاعة بأنه مجموع صفاتها وخواصها التي تلازمها تصنيفها نوعياً جلياً
يعرفه ذوو الرمان من الكافة ولا يخطئون فيه عادة ، وهذه الصفات ترجع إلى الأقليم الذي
نبت فيه البضاعة أصلاً إذا كانت مما يزرع أو تنشأ فيه وتناسل أصلاً إذا كانت من
الحيوانات (حكم ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣١ بمجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٣٧٦ رقم ٣٠٥) .

(٣) حكم ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ الذي جاء فيه : إن عبارة نظام الحكومة المقرر في
القطر المصري كما تصدق لفة واصطلاحاً على نظام الحكم في نوعه أي في أساسه الإجمالي المقرر
بالمادة الأولى من الدستور من كون حكومة مصر تكون ملكية وراثية نائية ، تصدق كذلك
لفه واصطلاحاً على هذا النظام في صورته التفصيلية المقررة بباقي مواد الدستور (الحاماة سنة ١٢
رقم ٤٧٤ ص ٩٣٧ وبمجموعة القواعد ج ٢ رقم ٣٣٣) .

(٤) ٤ يناير سنة ١٩٠٥ (مج س ٦ عدد ٧٢) .

(٥) ٢٤ أبريل سنة ١٩١٥ (مج س ١٧ عدد ١٤) .

(٦) ١٥ يناير سنة ١٩١٠ (مج س ١٠ عدد ٤١) .

(٧) حكم ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١٧ وفيه أن
الفعل القاصح هو الفعل الصادر من المخل بالحياة الذي يندش في المحي على حياة العين والأذن ليس إلا ،
أما بقية الأعمال الصدية المخلّة بالحياة التي تستطيل إلى جسم المرء وعوراته وتندش عاطفة الحياة
عنده من هذه الناحية فهي من قبيل هتك العرض . وتعريف آخر في حكم ٢٢ ديسمبر
سنة ١٩١٣ (الترافع سنة ١ ص ١٠٧) وحكم آخر في ٢٤ يناير سنة ٣٤ (ملحق
القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٤٣) .

(٨) حكم ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٣٨٠) .

(٩) حكم ٢ يناير سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٣٦٥) .

(١٠) حكم ٢١ مارس سنة ٢٩ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١٩٦) .

(١١) حكم ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ (الحاماة سنة ٤ رقم ٤٧٨) .

في المادة ٢٠٧ عقوبات^(١)، و«قد منفعة العضو»^(٢) في المادة ٢٠٤ عقوبات، و«العائد» في حكم المادة ٥٠^(٣)، و«الغش» الوارد ذكره بالفقرتين الأولى والثانية من المادة ٣٠٢ عقوبات^(٤)، وعبارة «مفرقات أخرى» الواردة بالمادة ٣١٧ مكررة^(٥)، و«الاشتباه»^(٦)، و«التشدد»^(٧)، و«إعانة الجاني على الفرار» الوارد ذكرها بالمادة ١٢٦ مكررة^(٨)، وكلمة «علامة» بالمادة ١٧٤ عقوبات^(٩)، وعبارة «بأي اسم تعرض به المادة المخدرة في التجارة» الواردة بالمادة الأولى من قانون رقم ٢١ سنة ١٩٢٨^(١٠)، وكلمتي «تبيد الأمانة واختلاسها» المذكورتين بالمادة ٢٩٦ عقوبات^(١١)، وكلمة «إتلاف» الواردة بالمادتين ٣١٦، ٣٤٢ عقوبات^(١٢)، و«القصد الاحتمالي»^(١٣)، و«عدم كفاية الأدلة» الواردة بالمادة ١٢ من قانون تشكيل محاكم الجنايات^(١٤)، و«المنقول» الواردة بالمادة ٢٦٨ عقوبات، وهل

- (١) حكم ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١٧٢).
- (٢) جنائيات مصر ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ (المحاماة سنة ٦ رقم ١٩٤).
- (٣) حكم ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٣٧٢).
- (٤) حكم ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد ج ١ رقم ٣٤٣).
- (٥) حكم ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٢).
- (٦) حكم ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٣ (مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٦٠) الاشتباه هو صفة ينشئها الإنذار في نفس قابلة له لا يقع تحت تهديد حفيظة النظام، بخلاف التعرّد فإنه حالة مادية يقرها الإنذار هرباً محتوماً لا تتراعى من الواقع التي لا خيار لحفيظة النظام فيه. وعلة الاشتباه هي خطر الشبهة فيه على الأمن العام، أما علة التعرّد فخالفة حسن الأخلاق أو مخالفة القانون بخالفة هي في ذاتها ضئيلة لا خطر فيها على الأمن العام.
- (٧) حكم ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٦٧) و ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٨٩).
- (٨) حكم ١٣ يونيو سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٢٨٤).
- (٩) حكم ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٢٩١).
- (١٠) حكم ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٣٥٧).
- (١١) حكم ٩ يناير سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٧١).
- (١٢) حكم ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ١٣٥).
- (١٣) حكم ١٢ مارس سنة ١٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٠٨).

تتناول هذه المادة سرقة التيار الكهربائي^(١) ، و « استعمال القسوة والعنف » الذي يترتب عليه الإخلال بالشرف وإحداث الآلام ، و « القبض والحبس والحجز والتعذيب » الوارد ذكرها بالمادتين ١١٠ ، ١١٣ عقوبات^(٢) ، و « المتهم » في حكم المادة ١١٠ عقوبات^(٣) ، و « من لهم الحق في إخراج من وجد في منزل مختفيا » الواردة بالمادة ٣٢٥ عقوبات^(٤) ، و « إجراءات التحقيق » الواردة بالمادة ٢٨٠ من قانون تحقيق الجنايات في حكم قطع المدة^(٥) ، و « سلامة النية » في جريمة القذف في حق موظف عمومي^(٦) ، و « بدون مقتض » الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٣١١ عقوبات الخاصة بجريمة قتل المواشى بدون مقتض^(٧) ، و « الخطأ المشترك » في باب المسؤولية^(٨) ، و « المتهم الغائب » في معنى المادة ٥٣ من قانون تشكيل محاكم الجنايات^(٩) ، و « القذف في أعراض العائلات »^(١٠)

-
- (١) حكم ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٤٤) وفيه أن النقول هو كل شيء ذي قيمة مالية يمكن تملكه وحيازته ونقله . ولا يشترط في النقول أن يكون جسما متجزئاً قابلاً للوزن فالتيار الكهربائي هو مما تتناوله كلمة النقول .
- (٢) حكم ٧ مايو سنة ١٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٥٣) .
- (٣) حكم ١١ يونيو سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ١١٨) .
- (٤) حكم ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٩١) وفيه أن المقصود بعبارة « من لهم الحق في إخراج » هو رب الدار الذي له دون غيره أن يأذن بدخول من يريد دخوله من الزائرين ، ويأمر بخروج من لا يرغب في بقائه من منزله .
- (٥) حكم ٤ يناير سنة ١٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣١٣) .
- (٦) حكم ٣١ مارس سنة ١٩٣٢ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٤٢) .
- (٧) حكم ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٧٤) وفيه أن عدم مقتضى هو فقدان الضرورة الملجئة لقتل الحيوان بأن كان خطراً على نفس إنسان أو ماله ، وأن تكون قيمة ذلك الحيوان ليست شيئاً مذكوراً بجانب الضرر الذي حصل إيقاظه بقتله ، وأن يكون الخطر الذي استوجب القتل خطراً حقيقياً وقت القتل وما كان يمكن إيقاظه بوسيلة أخرى . وما أحسن ما قيل في هذا الحكم من أن محكمة النقض لها الرقابة على توافر أركان معاني هذه الحقيقة القانونية في ظروف الدعوى ، ولهذا قال : فإذا كان الثابت أن التهم على أثر دخول للمزى في زراعته قد ضربها بالعصا فأماها ، فهذا القتل لم يكن له مقتضى وشروط الضرورة لم تتوافر في الدعوى .
- (٨) حكم ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٣٤) .
- (٩) حكم ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٦٠) .
- (١٠) حكم ١٦ يناير سنة ١٩٣٣ (مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٧٦) .

و « إقامة الدعوى » الوارد ذكرها بالفقرة الأخيرة من المادة ٢٦٤ عقوبات الخاصة بمجموعة البلاغ الكاذب^(١) ، وغير ذلك .

ب — أمثلة مختارة من الفقه المدني

٧٠ — (١) مبدأ الثبوت بالكتابة^(٢) : قد عرف القانون الفرنسى مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه كل ورقة صادرة من يراد الإثبات عليه أو ممن يمثله قانوناً تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال (١٣٤٧ مدنى) وقد عرفته المادة ٢٨٥/٢١٧ من قانوننا الأهلى والمختلط بما نصه : « ومع ذلك فالإثبات بالبينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم المراد الإثبات عليه » . ويتحصل من هذا التعريف أن أركان مبدأ الثبوت بالكتابة ثلاثة : (١) كونه ورقة مكتوبة (٢) وكون الورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه (٣) وكون الورقة تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال . فسبيل معرفة كون الورقة مما يمكن اعتبارها أو عدم اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، إنما هو ردها إلى حكم القانون فى هذه الأركان الثلاثة . ولما كان لهذه الأركان معان قانونية يمكن تحديدها فنشاط القاضى فى توخى هذه المعانى فى فهم الواقع من الورقة هو إذن اجتهد فى القانون يجب أن تشرف عليه محكمة النقض إشرافها على كل تكليف بحكم القانون .

لكن محكمة النقض الفرنسية لم تمض فى التكليف على مقتضى هذا النظر . فدائرة العرائض قد جرت منذ وجوب العمل بالقانون المدنى على اعتبار كون الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أو عدم كونها كذلك هو مسألة واقعية يفصل فيها قاضى

(١) ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ (مجموعة الفوائد القانونية ج ١ رقم ٢٧٢ ص ٣١٦) .

(٢) هـ . مازود H. Mazeaud. " La conception jurisprudentielle du modé-
commencement de preuve par écrit de l'art. 1347 " (thèse, Lyon, 1921)

الموضوع فصلاً نهائياً لارقابة فيه لمحكمة التفرض^(١). ثم أخذت في اعتبار التكيف في الركنين الأولين اجتهداً في القانون^(٢) وتركت التكيف في الركن الثالث لقاضي الموضوع^(٣)، متباعدة في ذلك الدائرة المدنية^(٤) والدائرة الجنائية^(٥)، ثم ثبت القضاء على ذلك إلى الآن^(٦).

(١) كانت تجري محكمة التفرض الفرنسية قبل وجوب العمل بالقانون المدني على ترك التكيف كله في مبدأ الثبوت بالكتابة لقاضي الموضوع اعتباراً بأن المادة الثالثة من الباب العشرين من الأمر الملكي لسنة ١٦٦٧ لم تحرف مبدأ الثبوت بالكتابة (ع. ف. ٩ فبراير سنة ١٨٠٨ (ربرتوار دالوز) فقرة ٤٩٤٣ تحت كلمة التزامات) ون. ف. ١٦ أغسطس سنة ١٨٣١ (فقرة ٤٧٤٥ من المرجع عنه). وعلى ذلك جرت بد العمل بالقانون المدني: ن. ف. ١١ أبريل سنة ١٨٢٦ (س ٨٢٦ — ١ — ٣٣٦).

(٢) وعلى الرغم من انضباط معنى الركن الأول جرت محكمة التفرض على أخذ لفظ « الورقة » بالمعنى الواسع، بل قد ذهبت إلى جواز اعتبار مجموعة أوراق مبدأ ثبوت بالكتابة، ولو أن كل واحدة منها لا يجوز اعتبارها كذلك (ع. ف. ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ س ٩٥ — ١ — ١٦٧ ومطول بلانيول الالتزامات ج ٢ ص ٨٧٠)، بل اعتبرت ما يشبه الورقة un semblant d'écrit أو عدم الورقة absence d'écrit مبدأ ثبوت بالكتابة (مازودس ٢٦ و ع. ف. ٩ فبراير ١٨٨٠ س ٨٠ — ١ — ٢٠٠) وقد اعتبر هذا الحكم تردد الزوجة مع زوجها على الوقت المكلف ببيع أحد الأموال الجهادية وحضورها معه في مفاوضات البيع ووضع شروطه والاعتراف بذلك في المذكرة المقدمة في الدعوى، اعتبر الحكم كل ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة في إثبات وكالة الزوج عن زوجته في هذا البيع (مطول بلانيول المرجع المتقدم ذكره وحكم ١٨ فبراير سنة ١٩٠٤ س ٩٠٤ — ١ — ١٢٨ في صورة اللاورقة). وبهذا الحكم قد اعتبرت ورقة الجرد الشاملة لأموال المالك الحالي هي من ذكر الدين المتنازع فيه مبدأ ثبوت بالكتابة، في إثبات براءة ذمة الدين من هذا الدين.

وكذلك توسعت في معنى كون الورقة صادرة من المحصم المطلوب الإثبات عليه (راجع الصور الكثيرة التي أوردها بلانيول في مطوله من ٨٧١ لغاية ١٨٧٤، ومارق س ٢٣٤ هامش ٣ و ٤ وبالمش الأخير أحكام محكمة التفرض من ١٨٦٤ لغاية سنة ١٩٢٠).

(٣) حكم ١٠ أغسطس سنة ١٨٤٠ وهو أول أحكام دائرة الرافض في ذلك (فقرة ٤٧٠٦ من دالوز تحت كلمة التزامات).

(٤) أول أحكامها في ٣٠ نوفمبر ١٨٣٩ (س ١٨٤٠ — ١ — ١٣٩).

(٥) ن. ج. ٥ أغسطس سنة ١٨٥٣ (٥٣٥ — ٥ — ٢) و ٢٢ أبريل سنة ١٨٥٤.

(٥٤٥ — ٥ — ٥).

(٦) مارق س ٢٣٣ وبهامش ٣ سلسلة الأحكام الصادرة بترك التكيف في الركن الثالث لقاضي الموضوع من سنة ١٨٤٣ إلى سنة ١٩٢٢ (ع. ف. ١١ يولييه سنة ١٩٢٢ ٩٢٢٢ — ١ — ١٨١).

ولعل الذى دعا بحكمة النقض الفرنسية إلى ترك التكييف فى الركن الثالث لقاضى الموضوع هو ما تبينته من فحوى نص المادة ١٣٤٧ من القانون المدنى من أن الشارع ، باشرطه كون الورقة تجعل الأمر الذى يراد إثباته قريب الاحتمال والتصديق ، إنما قد وكل الأمر فى إنتاج الورقة قرب هذا الاحتمال أو ببله إلى ضمير القاضى ووجدانه واعتقاده . ويقول مارنى إن الأمر فى ذلك لا يعدو فى الواقع تقدير الدليل والافتناع بدلالته أو علم الافتناع بها ولذلك يجب تركه لقاضى الموضوع بغير رقابة ، كما ترك له الأمر فى تأويل القرائن وتقدير شهادات الشهود وغير ذلك من الأدلة ^(١) .

وإذا قلنا إن قاضى الدعوى حر فى تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من ناحية كونها تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال والتصديق ، فإننا نوجب عليه أن يورد فى أسباب حكمه الواقعة المراد إثباتها ونص جزء الورقة الذى يراد الاعتماد عليه فى القول بأنها صارت قريبة الاحتمال والتصديق ثم يبين كيف أفادت هذا المعنى أو لم تفده ، فإن أتى فى ذلك بما يكون مقبولا مقبولا حمل التكييف على الصحة ، وإلا صار ما ادعى إفادته من الورقة كأنه منتزع من غير دليل قائم وإذن قد حق لحكمة النقض قضى الحكم كما تنقض كل حكم يبنى على غير دليل قائم أو على دليل غير مقبول .

ولحكمة حكم أصدرته الدائرة المدنية فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ نقضت به حكما قضى بعدم اعتبار شهادة رسمية مستخرجة من قلم التسجيل مبدأ ثبوت بالكتابة قالت فيه : إن هذه الشهادة الرسمية المستخرجة من قلم التسجيل دالة دلالة صريحة على أن هناك عقد بيع صدر من فلان مورث المظنون ضدم لفلانة الطاعنة وأن هذا هو الذى قدم العقد بنفسه لإثبات تاريخه فأثبت بتاريخ كذا برقم كذا وأن هذا هو هو نفسه الذى تسلمه من قلم الكتاب بتاريخه ،

ومفاد هذه الشهادة أن بقلم العقود إيصالاً موقفاً عليه من المورث المذكور يفيد تسلمه لتلك القد وأن هذا القصد صادر منه بالبيع للطاعة بمبلغ كذا . ولا شك أن ذلك الإيصال المستفاد حتماً من عبارة الشهادة الرسمية التي هي في ذاتها حجة لم يظن فيها بأى مطعن ، هي ورقة صادرة من هذا المورث دالة على ما كان منه من البيع للطاعة بالثمن المذكور . وهذا الإيصال وإن كان لا يفيد قطعاً أن الثمن الوارد بقصد البيع الذى تسلمه قد دفعه المشتري له فضلاً أو أنه كان ثمناً مؤجلاً إلا أن جريان العادة الغالبة بأن المشتري يدفع الثمن ، ذلك يقرب الاحتمال بأن هذا الثمن دفع فضلاً ، وإذن فهذا الإيصال المدلول عليه حتماً بتلك الشهادة الرسمية هو مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال تسلم مورث المطعون ضدهم لمبلغ الثمن ويحيز بحسب القانون تكميل الاستدلال بالبيئة والقرائن^(١) .

٧١ - (٢) التريسي الموجب لعدم صحة الرضا : التدليس هو كل ما يتسبب به أحد العاقدين من ضروب الخلل والاستهواء وقت التعاقد ليحدث به اعتقاداً غير صحيح يحمل المتعاقد الآخر على التعاقد . وتقول المادة ١٣٦/١٩٦ مدنى : « التدليس موجب لعدم صحة الرضا إذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتباً على الخيل المستعملة له من المتعاقدين الآخر ولولاها لما رضى » . فأركان التدليس أربعة : (١) كونه خيلة (٢) وكون الخيلة غير مشروعة أو مخالفة للأداب (٣) وكون الخادع أحد العاقدين (٤) وكون التدليس هو الدافع الحامل على التعاقد .

فتكليف ما يراد معرفة وصفه من وقائع الدعوى ، هل هو تدليس أم غير تدليس ، إنما يتم برده إلى حكم القانون في هذه الأركان الأربعة بعد تعريف كل منها تعريفه القانونى . لكن دائرة العرائض الفرنسية كثيراً ما فأت أحكامها التمييز بين

(١) ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٣٩ والمطبعة ص ١٥

ق ١ رقم ١٧٦ ص ٢٣٨) .

تحصيل فهم الواقع في التدليس المدعى به وبين رد هذا الفهم إلى حكم القانون^(١)، وقليلاً ما أشارت إلى التفرقة بين الفهمين^(٢). ويقول (بلانيول) في مطوله إنه مهما تكن أسباب تلك الأحكام التي أصدرتها دائرة العرائض — ولا تزال تصدرها — توهم أن التكييف في التدليس كله موضوعي، فإنه يستقد أن تلك المحكمة لا ترى بتلك الأسباب الموجزة إلا إلى القول بأنها لم ترف في صور الدعاوى المعروضة عليها أن قاضي الموضوع قد أخطأ في تقدير التدليس وتطبيق حكم القانون عليه^(٣).

أما الدائرة المدنية فقد ذهبت في بعض أحكامها الأولى القليلة إلى إخضاع رأى قاضي الموضوع في هذا التكييف لرأيها، ولكنها لم تثبت على رأيها إلا في أواخر القرن التاسع عشر حيث ابتدأت تميز — في وضوح — بين استخلاص الواقع في الدعوى وبين تكييف هذا الواقع بحكم القانون^(٤). ثم زادت الأمر

(١) هراً في كثير من أحكامها أن من خصائص قاضي الموضوع تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما إذا كان هذا الفهم يعتبر تدليساً أو لا يعتبر حكماً ٢ مارس ١٨٤٠ (س ١٨٤٠ — ١ — ٤٣٧) و ٢٢ يناير سنة ٦٣ (س ٦٣ — ١ — ٢٤٩) و ٢١ أكتوبر سنة ١٨٨٥ (س ٨٥ — ١ — ١٧٣) و ٢٧ فبراير ١٩٢٧ (س ٧٣ — ١ — ٢٢٩) و ١٠ فبراير سنة ١٩٢٦ (س ٢٦ — ١ — ٦٠) وسلسلة أحكام آخر أوردتها الأستاذ أندريه برتون في تعليقه على حكم ٣٠ مايو سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٨ — ١ — ١٠٧) من سنة ١٨٣٨ إلى سنة ١٩٢٧. وربما كان أوضح هذه الأحكام في دلالته على هذا المعنى هو حكم ٢ مارس سنة ١٨٤٠ (س ١٨٤٠ — ١ — ٤٣٧) فقد جاء به: «وحيث إن التدليس لا يبطل الشارطة قانوناً إلا إذا كان ما استعمله الماقد من الوسائل الاحتيالية قد بلغ أن يكون هو الذي حل الماقد الآخر على الرضا والتأكد، وحيث إن قاضي الموضوع هو وحده المختص بالثبوت من قيام هذه الوسيلة ومن أنها قد أثرت الأثر المقصود منها. ومن ذلك حكمها في ٢١ أكتوبر سنة ١٨٨٥ (س ٨٦ — ١ — ٧٣) التي جاء به أن الثبوت من وقائع التدليس وتقديرها قانوناً هو من اختصاص قاضي الموضوع.

(٢) ح. ف ١٣ يناير سنة ١٨٨٥ (س ٨٥ — ١ — ٣٠٢) التي جاء فيه أن ما استخلصه قاضي الدعوى من وقائع التدليس وأثبت في حكمه ليسوغ تطبيق المادة ١١١٦ من القانون المدني (المقالة المادة ١٣٦ / ١٩٦) والحكم بطلان العقد، وحكم ٩ نوفمبر سنة ١٩١٠ (س ٩١١ — ١ — ٨٨) وحكم ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٧ — ١ — ٢٥٢) في رقابة الفش المختلط بالغلط.

(٣) حلول بلانيول في الشهادات ج ٢ ص ٢٦٧.

(٤) ن. ف ١١ مايو ١٨٨٧ (س ٨٧ — ١ — ٤٩٦).

وضوحاً في حكمها الصادر في ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٣ ، إذ قالت : إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير أهمية وقائع الفش من ناحية ما أثرت به في رُوع المخدوع فجعلته يقبل العقد ويرضاه ، فإن من خصائص محكمة النقض أن تراقب وصف هذه الوقائع وصفها القانوني ، أي أن تتحقق مما إذا كان يجب أو لا يجب اعتبارها وسيلة غير مشروعة قانوناً^(١) .

وبمثل هذا الوضوح جاء حكمها المؤرخ في ٣٠ مايو سنة ١٩٢٧^(٢) وتتلخص قضيته في أن سيدة حكم بالتفريق بينها وبين زوجها ، ادعت أنه — أثناء قيام دعوى تصفية أموال الروكية بينهما — قد عرض عليها أن تتنازل له عن نصيبها فيها لها وعليها في الروكية من أموال وحقوق وديون وخاصة في المقارات التي كانا يمتلكانها في الهند الصينية مقابل ثمن معلوم ، قبلت وتنازلت ؛ ثم تبين لها أن زوجها كتم عنها أنه اتفق مع أحد المالكين على أن يشتري منه هذه المقارات بثمن مرتفع عظيم ، وأنها ما كادت توقع لزوجها البيع في نصيبها في هذه المقارات حتى أوقع هو البيع فيها كلها لذلك المالك بالثمن العظيم المتفق عليه ؛ فادعت أنها لولا كتم هذا الخبر عنها ما قبلت التنازل عن نصيبها بهذا الثمن البخس ، ولهذا طلبت الحكم بإبطال البيع لما شابه من هذا التدليس . حكمت محكمة جرينوبل بالإبطال ، وطمن في حكمها لحكمت محكمة النقض بنقضه وقالت في حكمها : إنه إذا كان لنقض الموضوع أن يقدروا أهمية وقائع الفش ، وكونها هي التي حملت العاقد الآخر على الرضا بالمقد ، فلحكمة النقض مراقبة ما يعطى لهذه الوقائع من وصف قانوني ، أي أن لهذه المحكمة الرأي الأعلى فيما إذا كان ما استعمله أحد العاقدين من خديعة يمكن تكيفه بأنه حيلة غير مشروعة أولاً ، ثم قالت : إن

(١) ن . ف ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٣ (س ٩١٤ — ١ — ٢٥٩) .

(٢) ن . ف ٣٠ مايو سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٨ — ١ — ١٠٥) وتعليق

الأستاذ برتون Breton عليه .

مجرد عدم إخبار الزوج وزوجه — أثناء عرضه عليها التنازل له عن نصيبها في أموال الزوجية مقابل ثمن معلوم — بأنه يتنقذ بيع بعض العقارات المشتركة لراغب في شرائها منه — لا يعتبر أنه حيلة غير مشروعة قانوناً .

وقد علق الأستاذ بريتون Breton على هذا الحكم فقال : إن كل ما لمحكمة النقض من رقابة في مسائل التدليس الموجب لعدم صحة الرضا إنما هو قطع في كون ما اتخذ من الوسائل الاحتيالية غير مشروع قانوناً *illicite* ، أما ما عدا ذلك من المسائل ، وخاصة مسألة كون ما وقع من ضروب الختل والاستهواء يعد أولاً يعد حيلة بالمعنى المقصود في المادة ١١١٦ من القانون المدني ، فهو من المسائل الواقعية التي لا رقابة فيها لمحكمة النقض . ولذلك قال إنه لا يرى رأى محكمة النقض فيما ذهبت إليه من أن البحث في هذه المسألة الأخيرة هو بحث في مسألة قانونية ، ولا فيما ضيق به من معنى الحيلة عند أخذها هذا اللفظ بمعنى الوسائل الاحتيالية الإيجابية .

ولاشك عندنا في أن الاعتراض على تدخل محكمة النقض في بحث ما إذا كان الفعل أو الترك المنسوب إلى الزوج في هذه القضية يعتبر أولاً لا يعتبر حيلة بالمعنى المقصود من هذا اللفظ ، هو اعتراض غير صحيح ، لأن كون الوسيلة التي استخدمها الماقد لخدع الماقد الآخر تعتبر أولاً لا تعتبر حيلة ، هو من أركان التدليس المشار إليها في المادة ١١١٦ من القانون المدني ، ولا يحيص من التسليم بأنه كان على محكمة النقض — في سبيل الرقابة على التكيف في التدليس — أن تضع لهذا اللفظ تعريفاً تأخذ به نفسها في إزال حكه على فهم قاضي الموضوع في التدليس . ولا يهمننا بعد ذلك أن نقطع في هذا المقام برأى في تعريف الحيلة قانوناً ، ولا أن نتصر لمحكمة النقض فيما رآته أو تؤيد الأستاذ بريتون فيما اقترحه من تعريف هذا اللفظ .

وإذا حق على محكمة النقض أن تنهم حكم القانون في « الحيلة » ثم تراقب

إنزال هذا الحكم على حاصل فهم الواقع في الدعوى ، فإنه كان ينبغي لها — في رأينا — لو أنها رأت في الأمر حيلة احتال بها الزوج على زوجته — أن تطابق ما استخلصه قاضي الموضوع من جميع عناصر التحقيق وظروف الأحوال دالاً على مبلغ افعال نفس المجنى عليه وأثره في إتمام العقد ، على معنى قول القانون « ولولاه ، أى ولولا ما استعمل من الوسائل الاحتياطية ، ما قبل العاقد الآخر العقد وما رضيه » ، فإن تطابق المعنيان رفضت الطعن وأبرمت الحكم . أما إذا رأت عدم تطابقهما نقضت الحكم خطأ في التكيف . وإن رأت قصور الحكم عن بيان هذه الأحوال وعن مبلغ أثرها في نفس المجنى عليه نقضته لقصور أسبابه .

٧٢ — (٣) الإكراه الموجب لبطلان المشاركة : والإكراه قانوناً

هو الإيذاء بالحاق مكروه غير حق يحمل من وقع عليه على مباشرة ما لا يريده من التصرفات ، ويقول قانوننا المدني في المادة ١٣٥ : « لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشاركة إلا إذا كان شديداً بحيث يحصل منه تأثير لنوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة »^(١) .

(١) ولا تفتقر المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي عن المادة ١٣٥ من القانون الأهلى إلا في أن المادة الفرنسية ذات فترتين الأولى منهما تشترط في الإكراه أن يكون من الشدة بحيث يحصل منه تأثير لنوى التمييز ، والفقرة الثانية تشترط فيه أن يكون مؤثراً في نفس المكروه مع مراعاة السن والحالة والذكورة والأنوثة . وقد تساءل الفقهاء الفرنسيون عن الوصف المناسب لعلية الحكم المترتب عليه ، فقال ماركاديه إنه ليس من الضروري أن يكون الإكراه مؤثراً في ذوى التمييز كما تقضى بفلك الفقرة الأولى من المادة ١١١٢ بل يكفي أن يكون مؤثراً في المكروه مع مراعاة السن والحالة والذكورة والأنوثة (ماركاديه طبعة خامسة جزء ٤ ص ٤١١) ، ورأى كولت دى ساتير الجمع بين الفترتين على أساس أن الفقرة الأولى تنس على ما ينبغي أن يبلغه الإكراه في حده الأقصى ، أى أنه إذا ادعى أن المكروه كان من قوة الإرادة ورابطة الجأش بحيث كان يستطيع مقاومة المكروه الواقع عليه كان للمكروه أن يجيب بأن المكروه كان مما ينوء به ذوى التمييز وأن ذلك حسه في بطلان المشاركة (جزء ٥ مكررة) . ويكاد يكون الإجماع على أن الناطق هو كون الإكراه مؤثراً في المكروه بالنسبة لسنه وحالته وذكورته أو أنوثته (راجع دومات وبوتييه ودوموليه وأوبري ورو طبعة ٥ جزء ٤ ص ٥٠٠ وما بعدها وبودرى (الالتزامات) طبعة ثالثة جزء أول فقرة ٧٤ ، ومطول بلانبول جزء ١ ص ٣١٢) .

ويشير هذا التعريف إلى أن الإكراه لا يكون مبطلاً للمشاركة إلا إذا :
 (١) وقع عند التعاقد (٢) وكان غير مشروع (٣) وأن يولد الإيما به في نفس
 المكروه خوفاً من وقوع ضرر بليغ على الجسم أو المال أو العرض (٤) وأن
 يكون شديداً بحيث يحصل منه تأثير لنوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالة
 الذكورة والأنوثة .

ويدل هذا التعريف أن القانون لا يشترط في الإكراه أن يكون واقعاً
 من أحد العاقلين على الآخر كما اشترط ذلك في التدليس الموجب لبطالان
 المشاركة .

وجمهرة الفقهاء الفرنسيين على اعتبار الإكراه مؤلفاً من عنصرين : عنصر
 كميّ *élément quantitatif* وهو كون الإكراه قد بلغ من الشدة بحيث يقهر إرادة
 المتصرف ويحمله على الرضا بما لم يرض به ، وعنصر كيفي *élément qualitatif*
 وهو كون الإكراه غير مشروع .

فالتكليف في الإكراه يكون إذن برد فهم الواقع فيه إلى حكم القانون في
 المنصرين المتقدمي الذكر . ولا توهنك بعض ملاحظات أحكام محكمة النقض
 الفرنسية الصادرة برفض الطعون بأن هذه المحكمة لا تأخذ بمحتها في تكليف
 وقائع الإكراه بحكم القانون ، وأنها تسلم فيه لقاضي الموضوع ؛ لأنك متى قرأت
 الأحكام نفسها تبين لك أن محكمة النقض لا تقصد في الواقع إلا أن تقول إنها
 لم ترف في صور الدعاوى التي حكمت فيها برفض الطعون غباراً على قاضي الموضوع
 في تكليف حاصل فهم الواقع بحكم القانون^(١) . ويقوى هذا عندنا أنك ترى
 أحكاماً آخر تشير فيها محكمة النقض إلى حقها في الرقابة على قاضي الموضوع إذا

(١) حكم ٢ ديسمبر ١٨٤١ (س ١٨٤٣ - ١ - ٥٤) و ٢٥ فبراير ١٨٧٩ (س ٧٩ - ١ - ٢٧٣) و ٦ أبريل سنة ١٩٠٣ (س ١٩٠٤ - ١ - ٥٠٥) و ١٠ نوفمبر ١٩٠٨ (س ١٩٠٩ - ١ - ٧٦) .

أخطأ في وصف وقائع الاكراه المدعاة بأنها قد بلغت أو لم تبلغ مبلغ الاكراه
المفسد للرضا بمعناه القانوني^(١) . اقرأ حكمها الصادر في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥
تر أنه بعد أن بين ما أثبتته قاضي الموضوع من وقائع الدعوى قال : إن ما حصله
منها هذا القاضي لا يتناقض مع موجبها من حكم القانون^(٢) .

وقد أبدت محكمتنا رأيها في تكليف الاكراه بحكمها المؤرخ في ٢ يونيه
سنة ١٩٣٢^(٣) فقالت : إن الاكراه الموجب لبطالان المشرطة يجب أن يتحقق
فيه شرطان : (الأول) أن يكون ناشئاً عن عمل غير مشروع . و (الثاني) أن
يحصل منه تأثير لذوى التمييز أما كون ما وقع من الاكراه
مشروعاً أو غير مشروع فانه يدخل في رقابة محكمة النقض ، لأنه وصف قانوني
لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيه الخطأ في تطبيق القانون . ثم قالت : إن تنفيذ
حكم صدر على مستأجر باخلاء العين المستأجرة هو عمل مشروع قانوناً ضد كل
من يوجد بتلك العين وقت التنفيذ ، ما دام هذا الشخص لم يستشكل المحضر .
فاذا ترتب على الشروع في التنفيذ أن استأجر هذه العين من وجد فيها وقت
التنفيذ ، تحت تأثير هذا الاكراه ، فان المقد لا يكون مشوباً باكراه مبطل للمقد .
وهذا الرأي يطابق رأى برتون في تطبيقه على حكم ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥
المتقدم الذكر .

٧٣ - (٤) التواطؤ في دعوى ابطال التصرف : إن المادة ١٤٣/
١١٦٧/٢٠٤ (الأهلى والمختلط والقرنسى) من القانون المدني إذ تشترط لنجاح

(١) حكم ١٧ أغسطس سنة ١٨٦٥ (س ٦٥ - ١ - ٣٩٩) و ٢٧ أبريل
سنة ٨٧ (س ٨٧ - ١ - ٣٧٢) .

(٢) ع . ف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ (س ٩٢٦ - ١ - ١٢٢) وتطبيق الأستاذ
برتون عليه .

(٣) وقد جاء في أسباب هذا الحكم : أما كون الاكراه شديداً مؤثراً فهو متروك
لقاضي الموضوع ، وليس في الحكم تحليل لذلك ، بل قد كان الحكم في غنى عن ذكره
(الحاماة سنة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ ومع س ٣٣ رقم ٢٣٦ ص ٥٠٠) .

دعوى إبطال تصرفات المدينين الضارة بدائنتهم (en fraude de leurs droits) أن يكون من تصرف ومن وقع له التصرف (في المعاوضات) سيئ النية (فوق كون التصرف ضاراً) فانه لا مناص من تعريف سوء النية ، ومن القول بأن لمحكمة النقض الرقابة على تكيف حاصل فهم الواقع في الدعوى على موجب هذا التعريف^(١) ، سواء اكتفى فيه بأنه هو مجرد العلم بأن التصرف سيلحق ضرراً بالدائنين^(٢) أم اعتبر أنه هو قصد إضرار الغير بهذا التصرف وكون هذا القصد هو العلة في التصرف^(٣) .

فاذا رأيت في بعض ملخصات أحكام دائرة العرائض الفرنسية أن فصل قاضى الموضوع بأن التصرف قد شابه من التواطؤ ما استوجب البطلان هو فصل نهائى لرقابة فيه لمحكمة النقض ، فاعلم أن تلك المحكمة لم ترد إلا أن تقول : إنها لم تر من بيانات الحكم المطعون فيه ما يدل على أن قاضى الموضوع قد أخطأ في تكيف فهم الواقع في الدعوى بحكم القانون^(٤) .

ويؤيد رأينا هذا الحكم الذى أصدرته الدائرة المدنية في ٣ مارس سنة ١٨٦٩ . ومحصل القضية أن أحد المزارعين ثقلت عليه الديون وساءت حالته المالية ، فأراد أن يصفى مركزه مع دائنيه على قدم المساواة بينهم ، وأن يحفظ لابنه العزبة التى كان يستغلها ، فباع هو وزوجه أموالها المنقولة لابنه هذا وأخذ

(١) مطول بلانيول (آخر فقرة ٩٣٠ من ٢٣٤ جزء ٢ في الالتزامات والقيود)

(٢) بودرى جزء ١ فقرة ٦٥٧ وكولان وكابنان جزء ٢ فقرة ٢٥٩ (طبعة سابعة) وهو ماصرحت به بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية : ع . ف ٢٥ يونيه ١٨٩٥ (س ٩٩ — ١ — ٤٩١) وباقى الأحكام المذكورة في بلانيول المطول جزء ٢ بهامش ١ من ٢٢٢

(٣) وهو رأى جمهور الفقهاء : لوزان ولارومبير ودومولب وهوك ، ويؤيده كثير من الأحكام المدنية بهامش ٢ بالمرجع السابق .

(٤) ع . ف ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧١ (س ٧٨ — ١ — ٣١٦) وحكم ١٦ أبريل سنة ١٨٨٩ (س ٩١ — ١ — ١٠٦) ون . ف ٧ يولييه ١٨٩٦ (س ٩٦ — ١ — ٤٠٥) .

بثمنها سنداً عليه ، ولكي يمكنه من القيام بوفاء هذا الدين وهبته والدته عقاراتها
 الجهازية تمكيناً له من السعي في الحياة titre d'établissement ثم طلبا من أحد
 الموثقين مفاوضة الدائنين فيما يعرضه عليهم من تكليف ولده بدفع قيمة السند
 لهم يقسمونه على نسبة ديونهم ، ومن إعطائهم رهناً بديونهم على تلك العقارات
 الموهوبة ، فرض الموثق هذه التسوية على جميع الدائنين واحداً بعد آخر قبلوها
 شفويا ، غير أن ثلاثة منهم رأوا أن يطالبوا مدنيهم بما كان لهم عليه من دين أمام
 القضاء ، ليكون لهم السبق على غيرهم بتسجيل ما يأخذونه من رهن قضائي بتمتضي
 الحكم الذي يصدر لهم ، فرأى الموثق بعد رفضهم هذه الدعوى أن يجمعهم هم وباقي
 الدائنين في اليوم التالي ليحرر لهم جميعاً عقد التسوية والرهن والإحالة ، فحضروا
 إلا من رفع الدعوى ، فبادر بتحرير العقد لأولئك الحاضرين ، ولما وقع تسجيل
 هذا العقد قبل تسجيل ذلك الرهن القضائي الذي حصل عليه رافعو تلك الدعوى
 بعد الحكم لهم فيها ، رفع أولئك الذين خاب سعيهم دعوى إبطال التصرف الذي
 أتمه الموثق ، زاعمين أنه وقع بقصد الإضرار بهم ، وأنه قد أضر بهم فعلاً ، فحكمت
 المحكمة الابتدائية برفض الدعوى ، ومحكمة الاستئناف حكمت بإلغاء الحكم المستأنف ،
 وقضت محكمة النقض بنقض الحكم الاستئنافي ، وقالت في حكمها : إنه إذا كان
 لقضاء الموضوع أن يتفحصوا التصرفات التي يطلب منهم الحكم بإبطالها لاضرارها
 بالدائنين ، وأن يتعرفوا من ظروف الدعوى وأحوالها ما كاف من نية عند من
 تصرف ومن وقع له التصرف فان لمحكمة النقض الرقابة على ما استخلصوه من
 ذلك لمعرفة ما إذا كان رائدهما في التصرف هو جلب مصلحة أو دفع مفسدة
 أو الإضرار بالدائنين ليس إلا . ثم بحثت المحكمة فيما أثبتته الحكم المطعون فيه
 من وقائع الدعوى وظروفها فتبينت أن المدين لم يكن له في تصرفه نية سوء
 بدائنية ، وأن أولئك الذين أتموا التسوية لم يقصدوا كذلك الإضرار بمن انشق
 عنهم ، وأنهم رموا جميعاً بتسجيل إتمام هذه التسوية العادلة إلى انقضاء ما عسى أن

يلحقهم هم أنفسهم من ضرر انتظار من انتشق عنهم حتى يصدر لهم الحكم بدينهم فيأخذون به رهناً قضائياً يكتبون به لأنفسهم السبق على باقى الدائنين . ثم قالت : إن الدائنين الذين ائقردوا بمطالبة مدينهم بالدين رغم التسوية الماعلة التى عرضت عليهم هم الذين يفتنهم عن الجماعة قد أضروا أنفسهم . ولذلك قضت الحكم المطعون فيه ^(١) .

ولهذه الدائرة حكم آخر ^(٢) ذهبت فيه مذهبا هذا فى التكيف ، ففرت سوء النية ثم طبقت تعريفها على صورة الدعوى ، فلما لم تر الحكم المطعون فيه قد طبقه قضت الحكم . وتلخص وقائع القضية فى أن مصرف شركة رفع على أحد المكتتبين فى سهم رأس مالها دعوى طالبه فيها بالقسط الثانى من ثمن ما اكتتب به من السهم . وببطلان عقد الهبة الذى تصرف به لأولاده فى جميع أمواله محتفظاً لنفسه بحق الانتفاع بالهبة مدة حياته ؛ فأتت محكمة الموضوع أن التصرف كان معاوضة علوض فيها المدين أولاده فأعطاهم الأموال الموهوبة وأخذ منهم حق الانتفاع بها مدة حياته ، وأن ليس فى الدعوى ما يدل على أن الرجل قد تواطأ مع أولاده على الإضرار بدائتيه ، ولذلك قضت برفض دعوى بطلان التصرف . أما محكمة النقض فقد قضت هذا الحكم وقالت فى أسبابه : إنه ليس فى العقد أية عبارة أو أى شرط يمكن أن يدل على أن أولاد الرجل علوضوا والدم فأعطوه حق الانتفاع على ما وهبه لهم من الأموال مقابل هبته ، وإن محكمة الموضوع قد أخطأت فى اعتبار العقد معاوضة ، ثم قالت : إن التواطؤ الوارد ذكره بالمادة ١١٦٧ من القانون هو بوجه عام علم المدين بدينه وإدراكه أن تصرفه فى ماله سيلحق ضرراً بدائتيه ، وإن محكمة الموضوع إذا اكتفت فى حكمها المطعون فيه بالقول بأن لا شئ يثبت التواطؤ بين الرجل وأولاده مع أن

(١) حكم ٣ مارس سنة ١٨٦٩ (س ٦٩ - ١ - ١٤٩)

(٢) ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٦ - ١ - ١٣٤)

الثابت في وقائع الحكم أن الشركة كانت تستند في إثبات سوء التصدد على مدنيها بخطاب أرسله لها يخبرها به أنه غير راغب في دفع ما استحق عليه من ثمن الأسهم التي اكتتب بها ، فحكمها يكون إذن غير مسبب ويتعين نقضه ^(١) .

٧٤ - (٥) التكييف في استبدال الدين بأمر : استبدال الدين بآخر حقيقة قانونية معروفة عناصرها ، دين قديم يراد زواله ، ودين جديد يراد إيجادها ، وغيرية بين الدينين يترتب عليها زوال الدين القديم وإنشاء الدين الجديد (تغيير سبب الدين أو تغيير المدين أو تغيير الدائن) ، ونية أكيدة على إيقاع هذا الاستبدال والتجديد وترتيب ما لذلك من آثار وأحكام قانونية .

فتكييف الواقع في الدعوى بهذه الحقيقة القانونية يكون إذن برد ما ثبت من عناصر هذا الواقع إلى حكم القانون في كل منها . ومعنى هذا أن قاضي الموضوع لا ينبغي أن يحكم في الدعوى بالتطبيق لأحكام المادة ١٥٦ من القانون وما بعدها إلا بعد أن يتحقق من أن هذه العناصر الواقعية الثابتة في الدعوى تطابق تلك الأركان القانونية في توافرها ما اشترط لهذه الأركان من شروط ، فيتحقق مثلاً من أن الدين القديم كان صحيحاً يصح استبدال غيره به ^(٢) ، ومن أن الدين الجديد قد أنشئ على الوجه الصحيح قانوناً ^(٣) ، ومما إذا كانت العناصر التي أدخلت على الدين القديم (من تغيير السبب أو المدين أو الدائن) يترتب على إدخالها القول بوقوع التبرية بين الدينين .

ولا شك عندنا في أن نشاط القاضي في تكييف فهم الواقع في الدعوى بحكم القانون في هذه العناصر الثلاثة خاضع لرقابة محكمة النقض .

(١) ووجه الاستسناد بهذا الحكم أن المحكمة عرفت سوء التية في باب بطلان الصرف ثم أخفت به في الدعوى ، فلما رأت قصور أسباب الحكم المظنون فيه وعجزت عن رقابة التكييف بهذا الصرف التي وضعت قضت الحكم .

(٢) راجع فيها إذا كان يصح أو لا يصح لإخراج الدين الطبيعي على صورة الدين المدني مطول بلانيول ج ٢ في العقود فقرة ١٢٥٨ وص ٥٨٧ هامش ٢ وما فيه من المراجع .

(٣) المرجع السابق فقرة ١٢٥٩

أما فيما يتعلق بالنية فقد كان التكييف موضع الجدل والشك والاضطراب ، لأن النية — كما يقولون — أمر قلبي لا يشترط القانون توافره حتماً من ظرف معين ، وإنما يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف الدعوى وأحوالها ، فمن اقتصر في النظر على هذا القدر جعل التكييف من سلطة قاضى الموضوع . وأما من أدرك أن المقصود من التكييف هو مطابقة ما يستخلصه هذا القاضى من نية بمعنى هذه النية في استبدال الدين ، فإنه فصل بين ما لا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض وما يخضع فيه لهذه الرقابة فقال : إن لقاضى الموضوع السلطة التامة في استخلاص نية خصوم الدعوى من ظروفها وأحوالها ، أما وصف هذه النية بأنها هي نية الاستبدال قانوناً أو أنها غير هذه النية ، فرأى قاضى الموضوع فيه خاضع لرقابة محكمة النقض . وإذا كانت النية في الاستبدال هي إرادة انقضاء الدين القديم وإنشاء دين آخر يختلف عن الأول في موضوعه أو في سببه أو في شخص الملتزم به أو الملتزم له ، فإنه يجب توخي هذه المعاني في النية التي يستخلصها قاضى الدعوى من ظروف أحوالها ومستنداتها ودلائلها . ذلك لأن الواقع في الدعوى قد لا يكون إلا مجرد اتخاذ الدائن طريقاً سهلاً لاستيفاء دينه من مدينه نفسه ، أو مجرد وكالة يصدرها الدائن لغيره في قبض الدين أو إصدارها المدين كذلك في وفائه ، والقاضى إذا وصف هذا الواقع بغير ما ينبغي أن يوصف به اختل الحكم كما لا يخفى .

وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المعنى في حكم أصدرته في الحادثة الآتية : شركة مساهمة أنشئت قبل قانون ٢٤ يولييه سنة ١٨٧٦ وجاء في قانونها الأساسى المذاع والمصدق عليه وفق أحكام القانون أن لأصحاب الحصص الذين لم يدفعوا كامل أثمانها أن يتنازلوا عنها لغيرهم بشرط أن يصادق مجلس الإدارة على التنازل ويؤشر على هذه الحصص بأسماء من وقع لهم التنازل . أفلست الشركة فطالب وكيل الدائنين بعض أصحاب هذه الحصص

بما بقي عليهم من أتعابها رغم تنازلهم عنها ورغم تصديق مجلس إدارة الشركة على التنازل ، فدفعوا بأن الشركة بقبولها التنازل قد استبدلت بهم من التزموا لها بدفع باقى أتعاب الحصص ، فحكمت المحكمة الابتدائية بإلزام المدعى عليهم ، ومحكمة الاستئناف ألغت الحكم الستأنف معتمدة على أن مجلس إدارة الشركة إذ صدق على تنازل أصحاب الحصص الأولين عنها وإذ أشرب أسماء التنازل لهم على سندات الحصص يكون قد استبدل بهؤلاء أولئك الذين وقع لهم التنازل بعد أن أبرأ ذمة الأولين من دينهم القديم . فطلعت الشركة فى هذا الحكم لدى محكمة النقض وكان وجه الطعن أن الحكم للطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق المادة ١٢٧٣ من القانون المدنى الذى تقضى بأن الرضاء فى الاستبدال لا يفرض ولا يكون إلا صريحا وأن الحكم استنتج نية الاستبدال من وقائع الدعوى وظروفيها . فلما لاحظت محكمة النقض أن قاضى الموضوع قد استخلص هذه النية من الظروف والوقائع التى أثبتتها فى حكمه وأنه لم يخطئ فى وصفها بأنها هى النية الواجب توافرها فى الاستبدال رفضت الطعن ووضعت قاعدة حكمها على هذا الأساس فقالت : إن قاضى الموضوع له السلطة التامة فى استخلاص نية الخصوم من الأوراق والوقود التى لها حق تفسيرها بغير رقابة وأن لمحكمة النقض الرقابة على ماتمطيه محكمة الموضوع من وصف قانونى لجميع ظروف ووقائع الاستبدال التى تتألف منها حقيقتة القانونية^(١) .

٧٥ - (٦) التكيف فى وضع اليد المكسب للمالك بالتفادم : قد بين

القانون أركان وضع اليد المكسب للمالك وشرايطه من وجود عقار قابل للتملك بمضى المدة فى تصرف واضع يده تصرف المالك فى ملكه ظاهرا بنفسه أو بوكيل

(١) ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ (س ٩٤ - ١ - ٨٥) وتحرير المستشار روسيله فى بيان الأحكام التى أصدرتها محكمة النقض فى شأن استبدال الدين بآخر وما تراقبه منه محكمة النقض وما لا تراقبه . وراجع فى تبديل الدين الطبى بالدين المدنى ع . ف ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ (دالوز الأسبوعية سنة ١٩٢٤ ص ٦٦٥)

عنه بغير منازع ومستمرًا بغير انقطاع للدة القانونية للمكسبة للملك . ولهذا الأركان والشروط وما يلحقها من الخصائص ممان قانونية معروفة يجب على قاضي الموضوع التحقق من توافرها في دعوى التملك بالتقدم أو في دعوى منع التعرض .

وكثيراً ما يبدو على أحكام دائرة الرائض الفرنسية الصادرة برفض الطعون أنها تذهب إلى أن قاضي الموضوع هو الذي يفصل فصلاً نهائياً لامعقب عليه فيما إذا كانت وقائع وضع اليد المدعاة مما يجوز قبوله وتحقيقه أو لم تكن ، وفيما إذا كان التحقيق المأمور به قد أفاد وضع اليد أو لم يفده ، وفيما إذا كان وضع اليد الذي أثبتته التحقيق قد توافرت فيه شرائطه القانونية من الظهور وعدم المنازعة والاستمرار وكون المتصرف في اليد يتصرف تصرف الملاك في أملاكهم أو لم تتوافر . وذلك على اعتبار أن جميع هذه المسائل تتعلق بفهم الواقع في الدعوى ^(١) .

ولكنها أخذت تصحح عن رأيها الحقيقي في حكمها المؤرخ في ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٧٦ حيث قالت : إن لقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كان وضع اليد حصل بنية التملك وبغير منازع أو لم يكن ، ولكن لمحكمة النقض حق الإشراف على تقديره إذا تجاهل ما يشترطه القانون في وضع اليد من الشرائط القانونية الواجب توافرها فيه ^(٢) .

ثم تبعتها في ذلك الدائرة المدنية بحكمها المؤرخ في ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ حيث قررت في وضوح وجلاء أن لها أن تتحقق من بيانات الحكم المطعون فيه إن

(١) (سيرة ٦٨ - ١ - ١٥٦) و (س ٧٤ - ١ - ٤٨٥) و (س ٧٥ - ١ - ١٧) و (س ٧٧ - ١ - ١٥٥) ، (س ٨٢ - ١ - ٤٥٦) ، (س ٨٣ - ١ - ٢٤٨) و (س ٨٩ - ١ - ١١٨) الخ والأحكام التي ذكرها بودرى في الجزء الخامس بالتقدم ص ٢٣٤ . وهوامشها . وجميع هذه الأحكام صادرة برفض الطعون وقليلة الأسباب وتختلط فيها مرحلة تقدير الوقائع بمرحلة تكييفها فهي لا تصلح للاحتجاج الملبي على ما سبق إليها . وقد لحقت بضع هذه الأحكام في تعليقات دالوز واستشهد بها على اختصاص قاضي الموضوع بهذه المسائل (راجع فقرة ٣٢٨٤ لغاية ٣٢٩٦) فينبى التنبيه والالتفات إلى ذلك .

(٢) (سيرة ٧٦ - ١ - ٢٧٠) وحكم ٧ نوفمبر سنة ١٨٨٨ (س ٩٠ - ١ - ٤٦١) وحكم ٧٨ يناير سنة ١٨٧٩ (س ٨٠ - ١ - ٢٥) .

كان وضع اليد قد توافرت فيه شرائطه القانونية أو لم تتوافر^(١) . وهذا هو الذي أيده بودرى في مطوله وهو الذي نستقد سمحه لأن تكيف الواقع في الدعوى بأحكام القانون في وضع اليد المكسب الملك لا يكون إلا برد عناصر الفهم الواقعية إلى معاني تلك العناصر القانونية والأخذ بموجبها في الدعوى ، وقد قلنا إن هذا الاجتهاد قانوني يجب أن تراقبه محكمة النقض بغير شك^(٢) .

ولمحكمة النقض المصرية أحكام أبدت فيها رأيها في التكيف في مسائل وضع اليد ، فقالت في حكم منها : يجب أن تبين محكمة الموضوع في حكمها العناصر الواقعية لثبوت حق الارتفاق المدعى اكتسابه بالتقادم من وضع ذى اليد بصفته مالكاً ظاهراً مستمراً المدة الطويلة المكسبة للحق ، فإذا اكتفى الحكم في معرض هذا البيان بقوله : « إنه تبين من محضر انتقال المحكمة إلى محل النزاع ومن تقرير الخبير وملححه أن هناك ساقية واقعة في الجزء الغربي من القطعة المبنية قائمة على بئر قديم جداً وأن لها مجرى توصل المياه إلى حديقة المدعى عليه من عهد بعيد مما يكسبه حق الارتفاق ويحول دون إزالة الساقية » فإن هذه العبارة تعتبر قاصرة

(١) (س ١٢ — ١ — ٣٥٧) وما عليه من تعليق اختتمه صاحبه بأن هذا القضاء

هو الصحيح ففيها . وهو الرأي الذى أشار إليه فى بابناز (س ١٨٣ و ١٨٤)

(٢) ومن المسائل القانونية في هذا الباب : (١) أن وضع اليد لا يفيد الملك إلا بقدر الحاصل منه ، فمن وضع اليد على باطن غفار لا يملك ظاهره ، ووضع اليد على أشجار قد غرسها يملكها من يحق القرار ولا يملك الأرض القائمة على عليها ، ومن يملك على جاره يوضع اليد حق غرس أشجاره الممنعة على أقل من المسافة القانونية لا يكون له حق غرس غيرها على هذه المسافة (٢) والاستيلاء والاستعارة والاستيجاب تعتبر إقراراً بعدم الملك المباشر ذلك فلا تسع دعواه لنفسه على واضع اليد ولو لم يمتنع على وضع اليد المدة المحددة لمنع سماع الدعوى (٣) ومن هذه المسائل تحديد معنى الظهور والاستمرار وعدم المنازعة ونية التملك ، وما الذى يوقف مدة وضع اليد أو يقطعها ، وما هى أحوال الانقاف وأحوال الانقطاع ، وهل يبان القانون لها هو يبان حصر أم لا ، وما المراد بالطلب القاطع للمدة ، وما شروطه ، وما معنى مفقود الأهلية وهل يصير النائب غيبة مقطعة أنه مفقود الأهلية في حكم المادة ٨٤ من القانون الدنى ، وما المراد بالعرض القانونى الذى يصلح أساساً لرفع دعوى منع العرض ، وما الشروط الواجب توافرها لقبول دعوى استرداد الحيازة ، وما الذى يصير التية في وضع اليد ، وما شرط قبول الادعاء بتغييرها ، إلى غير ذلك من مسائل التكيف والتطبيق القانونى .

عن بيان العناصر الواقعية الواجب بيانها ، وهذا القصور يمجز بحكمة التقض عن الأخذ بمحتها في رقابة تطبيق القانون^(١) .

وقالت في حكم آخر : إن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع بدون نظر إلى وضع اليد في ذاته ، ولذلك لا يشترط فيها نية التملك عند واضع اليد ولا وضع اليد مدة سنة على الأقل سابقة على التعرض ، ويصح رفضها ممن ينوب عن غيره في الحيازة بل ممن كانت حيازته عن تسامح من صاحب اليد ، إنما يكفي في قبولها أن يكون لراضها حيازة واقعية هادئة ظاهرة وأن يقع سلب الحيازة بقوة أو بإكراه . فإذا قبلت المحكمة دعوى استرداد الحيازة مع قيام وضع يد المدعى عليه فيها بغير قوة ولا إكراه فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون^(٢) .

وقالت في حكم آخر : المسائل المتعلقة باقطاع مدة التقادم يكون مناط خضوعها لرقابة محكمة التقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضع اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع في استفادته إلى فعل مادي مختلف على دلالاته أو إلى ورقة مقدمة في الدعوى مختلف على دلالاتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان قطع المدة مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده واقتضاؤه . ففي الصورة الأولى يكون حكم قاضي الموضوع مبنيًا على ما استنتجه هو من الأفعال أو الأوراق المقدمة للتنازع على دلالاتها الفعلية ولا رقابة لمحكمة التقض عليه في ذلك . أما في الصورة الثانية فإذا كانت النزاع بين خصوم الدعوى قائماً على ما يكون لورقة الطلب من الأثر القانوني في قطع مدة التقادم وعلى متى تكون الورقة قاطعة وفيما تكون ، أى على

(١) ن . م . م ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ ص ١٣٠ رقم ٤٢ والحماسة ص ١٤ ق ١ رقم ١٧٣ ص ٤٢١)

(٢) ن . م . م ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٣٣ والحماسة ص ١٤ ق ١ رقم ٤٣ ص ٦٨)

ما اشترطه القانون في ورقة الطلب من الشرائط القانونية ، فيكون فصل المحكمة في ذلك فصلا في مسألة قانونية تخضع فيه رقابة محكمة النقض^(١) . وجاء في نفس هذا الحكم أن المفهوم من نص المادتين ٢٠٥ ، ٨٢ من القانون المدني أن الشارع قد اشترط أن يتوافر في الورقة التي تقطع مدة التقادم معنى الطلب الواقع فعلا ، الجازم بالحق الذي يراد استرداده (في التقادم المملك) أو بالحق الذي يراد اقتضاؤه (في التقادم للمبرى من الدين) ولهذا لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطمة إلا في خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابه مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه ، فإن تناير الحقائق أو تناير مصدرها فالطالب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطماً لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر^(٢) .

وقررت في حكم آخر^(٣) — في سبيل تكييف وضع اليد بحكم القانون — القواعد الآتية :

(١) إن القاعدة التي تقرها المادة ٧٩ من القانون المدني صريحة في أن لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقفي معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب — لا هو ولا ورثته — الملك بوضع اليد ، مما تسلسل التوريث وطال الزمن .

(٢) وضع اليد بسبب وقفي معلوم غير أسباب التملك المعروفة لا يعتبر صالحاً للتمسك به إلا إذا حصل تغيير في سببه يزيل عنه صفة الوقفية . والمفهوم من قواعد التملك بضى المدة الطويلة ومن يلقى الأصول القانونية أن هذا التغيير لا يكون إلا بإحدى اثنتين : أن يتعلق ذو اليد الوقفية ملك المين عن شخص من الأغيار يعتقد هو أنه هو المالك لها والمستحق المتصرف فيها ، أو أن يجابه ذو اليد

(١) ن . م . م . ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ (الحملة سنة ١٢ ص ٥٩٦ رقم ٢٩٩ ومج س ٣٣ عدد ١٠٨ ص ٢٠٦) .

(٢) ن . م . م . ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ (الحملة سنة ١٥ ق ١ رقم ١١٩ ص ٢٥٢ ومج س ٣٦ عدد ٩١ ص ٢٢٦) .

الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه منيع إنكار للملكية على المالك والاستئثار بها دونه .

وإذن فالواقف الذى هو مستحق للوقف وناظر عليه لا يمكن أن يكون وضع يده إلا بصفة وقتية من قبل أنه منتفع أو مدير لشؤون العين بالنيابة عن جهة الوقف ، فحكم المادة ٧٩ من القانون المدنى يسرى بداهة عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، ولا يستطيع أيهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده على النحو السالف الذكر ، ومجرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية الملك عقب قسمة أجروها بينهم ، ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدم فى الوقف ، لا شئ فيها يمكن اعتباره مغيرا لسبب وضع يدهم الذى لا يخرج عن الوراثة أو عن الاستحقاق فى الوقف .

(٣) إذا أدخلت محكمة الموضوع مدة وضع يد أولاد الواقف فى مدة الثلاث والثلاثين سنة ، بشر أن يكون فى الدعوى منهم ما يصح اعتباره قانوناً أنه قد غير وضع يدهم الأصلى الذى كان هو الوراثة والاستحقاق فى الوقف ، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق المادة ٧٩ من القانون المدنى ، ويكون حكمها متعين النقض .

ج - أمثلة مختارة من قانون المرافعات

٧٦ - (١) سوء استعمال الحق - سوء القصر فى تعاطي رفصى القانون - المهره الوزير بغير الاستئناف للمستأنف بقلم الكتاب : وكذلك يكون التكييف فى قواعد المرافعات ، قد طعن أمام محكمة النقض المصرية بأن محكمة استئناف أسيوط أخطأت فى تأويل نص المادتين ٣٦٢ و ٣٦٤ من قانون المرافعات ، إذ قضت برفض ما دفع به المستأنف عليه من اعتبار الاستئناف كأن

لم يكن تقيده بعد الميعاد ، وكان عليها أن تحكم بقبول هذا الدفع لأن المستأنفة لم تتخذ لها محلا مختارا بمدينة أسبوط حيث توجد المحكمة المرفوع لها الاستئناف ، ولذلك أئذرها بقيد استئنافها وأعلنها بإنذار القيد في قلم كتاب المحكمة بالتطبيق لهاتين المادتين . فمحكمة النقض — بعد أن بينت أن مقصود الشارع من الترخيص للمستأنف عليه في إعلان الأوراق للمستأنف بقلم الكتاب ، إنما هو التيسير على المستأنف عليه ودفع ما يكون من مشقة عليه لو أعلن الأوراق للمستأنف بمحله الأصلي البعيد عن محله هو ومحل المحكمة ، وبعد أن قالت : « إن تعاطى رخص القانون يجب أن يقع موافقا لمقصود الشارع منها من جلب المصلحة أو دفع المفاسدة ، وإنها إذا تعوطيت لا بقصد تحصيل مقصودها المشروع بل بقصد الاستضرار كان العمل باطلا » — قالت بعد ذلك : « إن محكمة الاستئناف قد أخذت في الحكم المطعون فيه بهذا الأصل المتفق مع روح القانون وأصوله ، وردت على المستأنف عليه قصده السيئ وأبطلت عليه إنذاره وحكمت بعدم قبول دفعه و بقبول الاستئناف . وذلك بعد أن استيقنت من ظروف الدعوى وأحوالها أن الطاعن لم يكن يقصد من إعلان إنذاره المستأنفة بقلم الكتاب إلا مجرد الإضرار بالمستأنفة وتقويت ميعاد القيد عليها وإبطال استئنافها » ثم حددت سلطة قاضي الموضوع في ذلك ومدى رقابتها هي فقالت : « إن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير ظروف الدعوى لاستخلاص ما إذا كان المستأنف عليه في ترخصه في إعلان إنذار قيد الاستئناف للمستأنف بقلم الكتاب كان سيئ النية بالمعنى المتقدم الذكر أو لم يكن ، وإنما عليها أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي رأتها تحتل الدلالة على سوء النية لتتمكن محكمة النقض من مراقبة تكيف موجبها بحكم القانون » ثم قالت : « إن الحكم المطعون فيه قد أتى في ذلك بالتقدير الكافي » ولذلك قضت برفض هذا الوجه من وجوه الطعن ^(١) .

(١) حكم ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (مجلة القانون والاقتصاد رقم ٧٦ سنة ٣ ص ٥٧)

والحماية س ١٣ رقم ٣٤٠ ص ٦٩٠ ومج س ٣٤ عدد ٤٠ ص ٧٤) .

ألا ترى أن محكمة النقض — بعد أن فسرت القانون و بينت أنه لا يجوز للمستأنف عليه أن يترخص في إعلان الأوراق للمستأنف بقلم الكتاب بقصد الاستمرار ، وأنه إذا تعاطى الرخصة في ذلك بهذا القصد ردت عليه المحكمة قصده وأبطلت إنذاره — رجعت إلى ظروف الدعوى التي يبتها محكمة الموضوع في حكمها واستخلصت منها أن المستأنف عليه ما كان يقصد إلا الإضرار بالمستأنفة ، فلما رأت أنها تحتل الدلالة على أن القصد الذي أثبتته الحكم يتفق مع المعنى القانوني لسوء القصد في تعاطى رخص القانون أبرمت الحكم المطعون فيه لعدم خطئه لا في تفسير القانون ولا في إنزال حكمه على صورة الدعوى تكييفاً لها .

٧٧ — (٢) الاجراءات الكبرى : وقد أحسنت محكمتنا بسط مذهبها في التكييف في حكم أصدرته في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ، وكان مبنى الطعن أن السيدة عمة الطاعنات طلبت من محكمة مصر الابتدائية الأهلية الحكم على بنات أخيها بأن يدفعن لها قيمة المصاريف وأتعاب المحاماة التي اضطرت إلى صرفها في القضايا الكيدية والإجراءات التعسفية التي اتخذت أمام المحاكم الأهلية والشرعية والمختلطة بسبب إنكارهن وراثتها لمورثهن ، فحكمت بالزامهن بأن يدفعن لها ما طلبته . ومحكمة استئناف مصر عدلت الحكم المستأنف ، فجعلت المبلغ المحكوم به كذا جنياً ، فرعت الطاعنات أن بهذين الحكمين قصوراً عن بيان الأسباب التي يجب اشتغال كل منهما عليها ، وأن هذا القصور يستوجب نقض الحكم المطعون فيه ، فاستهلت محكمة النقض حكمها بتعريف الإنكار الكيدى وإبراز عناصره ، فقالت : « إن الإجابة على الدعوى بإنكارها هي في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضى به إزام خصمه بإثبات مدعاه ، فإن سعى بإنكاره في دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات . أما إذا أساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتمادي في الإنكار أو بالتغالي في أو بالتحويل به ابتغاء مضره خصمه فإن هذا الحق يتقلب

عندئذ مخبئة تميز المحكمة الحكم عليه بالتعويضات في مقابل المصاريف الناشئة عنه والمرتبة عليه بالتطبيق للمادة ١١٥ مرافعات « ثم قالت : « إن الإنكار الكيدي هو حقيقة قانونية تقوم على أركان ثلاثة : أولها خروج المنكر بإنكاره عن حدوده المشروعة بقصد مضارة خصمه ، وثانيها كون هذا الإنكار ضاراً فعلاً ، وثالثها كون الضرر الواقع قد ترتب فعلاً على هذا الإنكار وبينهما علاقة السببية » ثم قالت ، وهو بيت القصيد : « إنه لاسبيل لها إلى رقابة تكيف ماحصله قاضى الموضوع من فهم الواقع فى الدعوى بحكم ما جاء بالقانون تعريفاً للكيد فى إجراءات المرافعة (المادة ١١٥ مرافعات) إلا إذا كان الحكم المطعون فيه قد غنى بإيراد العناصر الواقعية اللازمة ، على التفصيل الواجب قانوناً بنص المادة ١١٣ من قانون المرافعات » ثم رجعت إلى المحكمين فقالت : « إن كليهما قد اقتصر فى الواقع على التقرير بصدق مزاعم المدعى عليه (فى الطعن) فقد جاء بالحكم المستأنف وجاء بالحكم الاستثنائى وهذه الأسباب قد شارفت الغاية من القصور والإيهام وأصبحت هذه المحكمة إزاءها لا تعرف ما هى تلك القضايا المختلفة التى قامت أمام المحاكم الشرعية والأهلية والمختلطة ، وماذا كان موقف كل خصم من خصمه فيها ومن الذى أنكر صفة المدعى عليها وما هى ظروف هذا الإنكار وكيف كان ، وهل بلغ أن يصير كيدياً وما هى تلك الإجراءات التعسفية التى مر عليها الحكمكان بغير بيان ، وما إلى ذلك من جميع العناصر الواقعية التى يصح استخلاص الكيدية منها بمخاضها القانونى ؟ وكان حقا على محكمة الموضوع أن تحقق (دفاع الطاعنات) وتوازن بينه وبين ما تكون قد أبدته المدعى عليها فى الأخرى من وجوه الدفاع ، ثم تحصل من هذه الموازنة ما نظمتهن إليه ، ثم تطبق حاصل فهمها فى ذلك على ما جاء بالقانون من أحكام الكيدية فى التقاضى ليخرج حكمها مسبباً مقنعاً » (١) .

(١) ن . م . م . ٩ تمؤير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٥ والهاماة س ١٤ ق ١ عدد ٥٧ من ٩٣ ومجس ٣٥ عدد ١١ من ٢١ (و ن . ف ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٤ (٨٦٥ - ١ - ٢٠٧) ومزود ج ١ قرة ٥٩١ من ٤٥٢ و ٤٥٣ وبهامش هذه =

د - مسائل شتى

٧٨ - ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية أن لها الحق في مراقبة ما إذا كانت الظروف والعناصر الواقعية التي أثبتها قاضى الموضوع يمكن اعتبارها تجديدًا للدين^(١) ، أو مقاصة^(٢) ، أو إحلالًا محل الدائن^(٣) ، أو إجازة^(٤) ، أو قبولًا ضمنيًا^(٥) ، وأن لها التحقق مما إذا كان الالتزام الطبعي قد استحال التزامًا مدنيًا أو لم يستحل^(٦) ؟ وهل ثمة ارتفاق قانوني بشرب أو بمسيل أم ارتفاق بإعداد رب الأسرة^(٧) ، وهل الخصم تاجر أم غير تاجر^(٨) ، وهل وضع اليد المفيد للملك توافرت شرائطه القانونية أم لا^(٩) ، وهل صار للمحرر العرفي تاريخ ثابت بالتطبيق لأحكام القانون^(١٠) ، وهل الالتزام متجزئ بحسب طبيعته وغرض المتعاقدين منه^(١١) ، وهل الدعوى متجزئة^(١٢) ، وهل كان المشتري سبب يمحى

= الصحيفة الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض الفرنسية في رفع الدعوى الكيدية ودفعها وتنفيذ الأحكام الصادرة فيها ، والظن فيها كيديا كذلك) .

(١) ٣ يولييه ١٨٧٤ (د ٧٥٥ - ١ - ٤٦٨) و ٣٠ نوفمبر ١٨٩٧ (س ٩٨ - ١ - ٣٤٥) .

(٢) ٤ يولييه ١٨٩٤ (د ٩٥٥ - ١ - ١٠٩) .

(٣) ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٧ (فاى ص ١٧٥ هامش ٢٥) .

(٤) ٧ نوفمبر سنة ١٨٧٧ (د ٧٨٥ - ١ - ١٦٩) و ٢٩ فبراير سنة ١٨٨٨ (د ٨٨٥ - ١ - ٢٢٤) .

(٥) ١٨ يولييه ١٩٠١ (د ١٩٠١ - ١ - ٣٠٧) .

(٦) ٥ يناير ١٨٧٣ (د ٧٣٣ - ١ - ١٨٠) .

(٧) ٣٠ يولييه سنة ١٩١٢ (س ١٣ - ١ - ٢٤) و ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٤ (د ٢٦٥ - ١ - ١٣٨) .

(٨) ٢٧ يولييه سنة ١٨٩١ (د ٩٢٥ - ١ - ١٦٠) .

(٩) ٩ يناير سنة ١٩٠١ (س ٩٠٥ - ١ - ٥٠٩) و ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ (س ٩٢٤ - ١ - ٣٥٨) .

(١٠) لكن رأى قاضى الموضوع يكون نهائيًا في تفسير سنة وضع اليد ومدته واستخلاص أوصافه ، حكم ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ (س ٩٠١ - ١ - ٤١٤) وحكم ٢٧ فبراير ١٩٠٥ (س ٩٠٦ - ١ - ٥٠٥) .

(١١) فاى ص ١٧٧ .

(١٢) ٢٣ أغسطس سنة ١٨٦٢ (د ٦٣٣ - ١ - ٣٦) .

(١٣) فاى ص ١٧٧ .

منه نزع الملكية فيكون له حق حبس الثمن إلى أن يزول السبب (المادة ١٦٥٢ مدنى المقابلة المادة ٣٣١ مدنى أهلى^(١)) ، وهل كان متعیناً وقف الدعوى حتى تفصل جهة أخرى ابتداء فى المسألة العارضة فى الدعوى^(٢) ، وهل بين الدعويين ارتباط قانونى يستوجب ضمهما الواحدة للأخرى أمام محكمة واحدة^(٣) ، وهل النزاع الذى صدر فيه الحكم المطعون فيه هو عين النزاع الذى وقع التمسك بمحجية الحكم الصادر فيه^(٤) ، وهل الفعل القلائى يعتبر قاطعاً للمدة قانوناً^(٥) ، وهل الطلبات التى قدمت لمحكمة الاستئناف تعتبر استئنافاً فرعياً من مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر أم هى طلبات متدخل فى الاستئناف^(٦) ؟ .

ومن قضاء محكمة التقضى المصرية أن لها الرقابة على ما يكون لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع مدة التقادم^(٧) ، وعلى ما إذا كانت الدعوى من دعاوى وضع اليد أو دعوى ملكية^(٨) ، وعلى ما إذا كانت الأوراق المقدمة لإثبات سن الموظف تعتبر دليلاً فى ذلك بالتطبيق للقانون الصادر فى ١٥ أبريل

(١) ١٨ أغسطس سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ - ١ - ٤١) .

(٢) قاضى ص ١٨١ وهامش ٣٨ .

(٣) ٢٥ يونيه ١٨٧٣ (د ٧٣ - ١ - ٤٦) و ١٤ يناير سنة ١٨٩٠ (س ٩٣ - ١ - ٤٦٠) ولكن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى استخلاص الارتباط من وقائع الدعوى . أما تكييفه فهو خاضع لرقابة محكمة التقضى .

(٤) حكم ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٣ (د ٧٣ - ١ - ١٥٥) ذلك لأن شروط حجية الأحكام قد بينها القانون فينبى أن يخضع رأى قاضى الموضوع فى تكييف الواقع فى الدعوى بأركان هذه الحجية لرقابة محكمة التقضى .

(٥) قاضى ص ١٧٧ .

(٦) ٢٩ إبريل سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ - ١ - ٤٥٤) .

(٧) ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ (الحاماة سنة ١٢ ص ٥٩٦ رقم ٢٩٩ ومع س ٣٣

عدد ١٠٨ ص ٢٠٦) .

(٨) ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٤ والحاماة س ١٤ ق ١

عدد ٥٨ ص ٩٥) .

سنة ١٩٠٩^(١) ، وهل العقد قسمة أم بدل^(٢) ، وهل هو وصية أم هبة منجزة مستترة في صورة عقد بيع^(٣) ، وهل العقد بيع أم وصية ، وهل بيع الشريك على الشارع جزءاً مفزداً محمداً يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لتلك العقار المبيع بالتقادم متى توافر حسن النية عند المشتري^(٤) ؟

وكذلك قد حددت محكمة النقض معنى « الغش » الوارد ذكره في الذكر يتو الصادر في ٢٢ يونيه سنة ١٨٩١ بأنه هو خطط الدخان بما هو غريب عنه بأية كيفية كان الخلط وأياً كان نوع الخلوط أو مقداره ، ثم عرضه على أنه دخان نقي^(٥) ، وحددت معنى عبارة « تأمر بإجراء التحقيق » الواردة بالمادة ٢٥٤ مرافعات^(٦) وعبارة « نزع الملكية » الواردة في المادة ٣٠٤ من القانون المدني^(٧) ، ومعنى لفظ « السبب » ، و « السبب الصحيح » في تملك العقار بالتقادم الحسن^(٨) ، ومعنى « اعتبار المحكمة النطق بالحكم اعلاتاً للخصوم »^(٩) ، ومعنى « القوائد التمييزية »^(١٠) ، ومعنى « الإقرار الموصوف » و « الإقرار المركب »^(١١) ، ومعنى

(١) ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٧٢٧ رقم ٣٥٧ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٢٨) .

(٢) ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٥٠٦ رقم ٢٥١ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٩) .

(٣) ٣٠ يولييه سنة ١٩٣٢ (مج ٣٣ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٨ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥١) .

(٤) ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ رقم ٦٤ ص ١١٦ ومج ٣٣ رقم ٢٣٨ ص ٥٠٦) .

(٥) حكم ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٢٢٥ رقم ١١٩) .

(٦) حكم ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٥١٦ رقم ٢٥٤) .

(٧) حكم ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ ص ٤٧ رقم ١٦) .

(٨) حكم ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ ص ١٦١ رقم ٦٤) .

(٩) حكم ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ ص ٢٨١ رقم ١٢٥) .

(١٠) حكم ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ ص ٥٤ رقم ٧٠ والمحاماة س ١٣ رقم ٢٦٤ ص ٥١٥) .

(١١) حكم ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ ص ٦٥ رقم ٨١ والمحاماة س ١٣ رقم ٣٤٧ ص ٧٠١) .

« دعوى الاستحقاق » في حكم المادة السابعة من قانون التسجيل^(١) ، ومعنى لفظ « التأنيات » الواردة بالمادة ٥١٠ من القانون المدني^(٢) ، ومعنى « الخطأ » و « التقصير » في المادة ١٥١ من القانون المدني^(٣) ، ومعنى « العاهة المستديمة » في الفقرة الثانية من المادة ١٣ من لأئحة مستخدمي المجالس البلدية وفي المادتين ١٣ و ١٣ من لأئحة المعاشات الملكية الصادرة في ١٥ أبريل سنة ١٩٠٥^(٤) ، و « الرضا الصحيح » الوارد ذكره بالمادة ١٣٨ من القانون المدني^(٥) ، ومعنى العبارة التي أوجبت بها المادة ٣٦٣ من قانون المرافعات « قيد الاستئناف في الثماني والأربعين ساعة قبل الجلسة »^(٦) ، ومعنى « إنكار الختم » الوارد ذكره في باب تحقيق الخطوط من قانون المرافعات^(٧) .

وكذلك قد حددت المراد من عبارة « المحكمة التجارية التابعة لها دائرة الكرك » الواردة في المادة ٣٣ من لأئحة الكرك الصادرة في سنة ١٩٠٩ بأنها المحكمة التجارية التابعة لها دائرة الكرك المدعى عليه في المعارضة والتي بها محل

(١) ٥ يناير سنة ١٩٢٣ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٦ والمحاماة س ١٣ رقم ٤١٥ ص ٨٣٩) .

(٢) ٢ فبراير سنة ١٩٢٣ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٩٤ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٢٣ ص ٨٥٧) .

(٣) ١١ يناير سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٢٤ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٢٢ ص ٢١٩) .

(٤) ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٣١ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٤٩ ص ٣٥٧) .

(٥) ٨ مارس سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٣٥ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٥٣ ص ٣٦٧) .

(٦) ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٣٨ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٥٤ ص ٣٦٩) .

(٧) ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٤٠ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٧١ ص ٤١١) .

أمينه المثل له فيها ^(١) ، والمراد من عبارة « الأوراق المحررة لأعمال تجارية » الواردة بالمادة ١٩٤ من قانون التجارة ^(٢) .

الفرع الثالث

إطلاقات القاضى أو حرিতে فى تعيين أحد وجهى الحكم بالقانون
أو سلطته التقديرية

Le pouvoir discrétionnaire

٧٩ — لم يقف الفقهاء — عند بحثهم فيما يكون فيه اجتهاد القاضى حراً أو خاضعاً لرقابة محكمة النقض — عند القول بأن سلطته تامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وجوداً أو عدماً وإثباتاً أو نقياً ، وفى تقدير هذا الفهم فى ذاته أو بالنسبة لظروف الدعوى وملابساتها أو بالنسبة لما انضمت عليه نية طرف الخصومة ، وبأنه لا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك على ما سبق شرحه . بل اعترفوا كذلك بعدم خضوعه لهذه الرقابة فيما أطلق له الشارع الحكم به من أحكام القانون حسبما يراه بشروطه وعلى الوجه المعتبر فيه ، وجرى اصطلاحهم على التعبير عن هذا المعنى بقولهم : « لا رقابة لمحكمة النقض إذا لم يكن من القاضى إلا أنه تصرف بسلطته التقديرية المعترف بها قانوناً ، فى حدود هذه السلطة وعند اجتماع شروط التصرف بها » ^(٣) .

(١) ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١٥ ص ٣٩ والمحاماة ص ١٥ ق ١ رقم ٨٩ ص ١٨٦) .

(٢) ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١٣ والمحاماة ص ١٥ ق ١ رقم ٨٧ ص ١٨٣) .

(٣) "quand le juge n'a fait qu'user d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu par la loi, pourvu qu'il ne se soit pas trompé sur l'existence et l'étendue de ce pouvoir et qu'il l'ait exercé dans les conditions où il lui été concédé."

(فاى ص ١٦٦) ولجارسونيه تميز آخر (نجد ص ٦٥٧) .

المعاني المختلفة لهذه العبارة : وهم قد يستعملون هذه العبارة للدلالة على ما يكون للقاضي — عند سكوت القانون أو غموضه أو قصوره عن بيان القاعدة المناسبة لحل المسائل القانونية العارضة في الدعوى — من نوع حرية وتصرف في البحث عن الحل المناسب ، ثم للدلالة على أن ما يهدى إليه البحث في ذلك لا يقع تحت رقابة محكمة النقض . وهو استعمال يصح في مذهب محكمة النقض الفرنسية ، التي ما تزال تتخرج من بسط رقابتها على الأحكام التي تصدرها الحاكم في الأحوال المتقدمة الذكر بحجة أن القواعد الفقهية التي تكون قد أخذت بها هذه الأحكام في تلك الأحوال لا يمكن اعتبارها من القانون الفرنسي الوضعي الذي تقول عنه إنها القيمة على حراسته وحسن تطبيقه فحسب . ولكنه استعمال غير صحيح عندنا ، فقد سبق أن بينا أن لكلمة القانون في مصر معنى واسماً يشمل القواعد الفقهية التي تأخذ بها الحاكم عند سكوت القانون أو غموضه أو قصوره أي كانت طريقة استنباطها ، أمهي البحث العلمي الحر أم غير ذلك من وسائل التفسير المعروفة ^(١) . وقد يستعملون هذه العبارة — ومحكمة النقض الفرنسية لا تزال تستعملها — في بعض الصور التي تكون فيها ألفاظ القانون الواجب تنزيل معانيها غير معرفة ، أو لا يمكن تعريفها ، للدلالة على أن للقاضي في فهم هذه المعاني حرية تامة وسلطة مطلقة لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض . وهو استعمال صحيح عند من يرى إخراج التكييف في هذه الصور عن تلك الرقابة . أما عندنا فهو استعمال غير صحيح لأن التكييف كله — كما قلنا — اجتهاد في القانون يجب أن يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض ، أية كانت الألفاظ التي استعملها القانون ، معرفة أو ممكناً تعريفها أو غير ممكن ^(٢) .

(١) جيني ج ٢قرة ١٧٦ مكررة .

(٢) ومن المفيد هنا التمام أن نلفت القارئ إلى أن بعض الفقهاء — بل محكمتي النقض الفرنسية والمصرية — قد يستعمل عبارة سلطة قاضي الموضوع التامة *Le pouvoir souverain* وسلطته التقديرية *Le pouvoir discrétionnaire* إحداهما عوضاً عن الأخرى ، قد تقرأ في أحكام أن لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في الثبوت من وجود وقائع الدعوى ، كما تراها =

معناها الصحيح : ثم استعمالها في التعبير عما يكون للقاضي في بعض الأحوال من نوع حرية في التصرف في تطبيق القانون ، يكون فيه غير خاضع لرقابة محكمة النقض . وهذا الاستعمال هو وحده الصحيح عندنا . ذلك بأن الشارع كما يعنى في كثير من الأحوال التي يريد تنظيمها فيذكرها بأركانها وشروطها ثم يقرر لها الأحكام التي تناسبها ويلزم القضاة بالأخذ بهذه الأحكام ما قامت تلك الأحوال تامة الأركان مستوفية الشروط فيكون قضاؤهم فيها خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، فانه قد يطلق في أحوال أُخرى لقاضي الدعوى الخيار في الأخذ بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو في ظروف كل دعوى . وفي هذه الأحوال لا يكون أخذه بما اختار الأخذ به خاضعاً لرقابة محكمة النقض .

وبين لك الفرق بين هذه الأحوال وتلك ما جاء بالمادتين ٢٢٧ ، ٢٢٨ من قانون التجارة الأهلى ، فقد نص في المادة ٢٢٧ على بطلان بعض تصرفات المفلس الحاصلة بعد الوقت الذي عينته المحكمة أنه هو وقت وقوفه عن دفع ديونه أو في ظرف الأيام المشرة التي قبله ، ونص في المادة ٢٢٨ على جواز القضاء ببطلان التصرفات الأخرى الحاصلة بعد وقوف المفلس عن دفع ديونه وقبل صدور الحكم عليه بإشهار إفلاسه . ففي الأحوال المبينة بالمادة ٢٢٧ يجب على القاضي الحكم ببطلان التصرف متى استكمل شرائطه القانونية ، وإذا لم يقض به كان حكمه عرضة للنقض . أما في الأحوال المبينة بالمادة ٢٢٨ ، فإن الترخيص فيها للقاضي بالحكم ببطلان التصرف — أو بصحته حسبما يراه هو — يترتب عليه حتماً ألا يكون لمحكمة النقض الرقابة على حكمه ، إلا من ناحية عدم انطباق صورة الدعوى أو انطباقها على نص المادة ٢٢٨ ، ومن ناحية ما إذا كان هذا القاضي قد استعمل أو لم يستعمل سلطته التقديرية في حدودها التي هي الحكم ببطلان

== في أحكام آخر تقرر أن له السلطة التامة في وصف وقائع الدعوى ، وهو تجوز في التعبير بنفي الإفلاص عنه مثلاً للخط والتشويش (ومن أمثلة هذا التجوز في الاستعمال ما تروؤه في فقرة ٣٠٢٠ وما بعدها من تعليقات دلاوز على قانون المرافعات ج ٣ ص ٢١٢) .

التصرف أو بصحته ؛ أما من ناحية كون القضاء بالصحة أو بالبطلان في صورة الدعوى وقع مناسباً أو غير مناسب لظروفها ، أى متفقاً مع هذه الظروف أو غير متفق فلا رقابة لمحكمة النقض . والعلة في هذا أنه لا يمكن اعتبار القاضى مخالفاً للقانون في التصرف بسلطته التقديرية ببطلان تصرف المفلس أو بصحته^(١) ، ما دام القانون هو الذى رخص له في الحكم بأحد الأمرين حسبما يراه .

٨٠ — ولا سبيل لمعرفة الأحوال التى يكون فيها لقاضى الدعوى الخيار في الحكم في الدعوى بأحد الوجهين ، إلا استخلاصها من القانون نفسه بما اعتاد الشارع استعماله من الصيغيات من نحو قوله « يجوز » أو « للقاضى » أو « عند الاقتضاء » أو « حسب ظروف الأحوال » .

وإنما إذا كرون لك بعض هذه الأحوال^(٢) التى لا خلاف في أن لقاضى الدعوى فيها تعيين أحد وجهي الحكم بالقانون ، لتقيس عليها ما يعرض لك منها :

٨١ — (١) من هذه الأحوال ما رخص فيه للقاضى في مواد الجنائيات من تخفيف قدر عقوبة الأشغال الشاقة والسجن وتبديلها ، على ما جاء بالمواد ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧ من قانون العقوبات^(٣) ، وتخفيف عقوبة بئى الحبس والغرامة في مواد

(١) ويقول مارتى إن لمحكمة النقض أن تنقض الحكم الصادر بالزام من وفى له دينه الذى حل بعد وقوف المفلس عن دفع ديونه وقبل الحكم بأشهار إفلاسه ، برد بعض هذا الدين إلى الخليفة ، لأن سلطة القاضى التقديرية المأذون له فيها لأنطيه لإحق القضاء بصحة الوفاء أو بطلانه كله ورد جميع ما وقع به الوفاء كله (مارتى ص ٢٧١) .

(٢) قد جمع بيرو M. Perreau كثيراً من هذه الأحوال في مؤلفه *Téchnique de la jurisprudence en droit privé* (ج ٢ ص ٢٣٩ وما بعدها) ، وكذلك عدد منها (جيني) ما ذكره بالجزء الأول (فقرة ٨٥ ص ٢١٤) .

(٣) حكم محكمة (المائرة الجنائية) في ٨ يناير سنة ١٩٣٤ (المحاماة سنة ١٤ ص ١٩٠) الذى قرر أن عبارة « أحوال الجريمة القائمة من أجلها الدعوى » الواردة في المادة ١٧ من قانون العقوبات لا تنصب فقط على مجرد وقائع الدعوى ، وإنما تتناول بلا شك كل ما تعلق بإدابة العمل الإجرامى من حيث هو وما تعلق بشخص المجرم الذى ارتكب هذا العمل وشخص من وقت عليه الجريمة ، وكذا كل ما أحاط بفلك العمل ومركبه والحجج عليه من اللابسات والظروف التى ترك للقاضى أن يأخذ منها ما يراه هو موجباً للرافة .

الجنح على ما جاء بالمادتين ١٨ و ٢٢ من هذا القانون ، وما جواز له فيه من الحكم بالحبس البسيط ومصادرة الأشياء المضبوطة ، وتخفيف مدة المراقبة على مقتضى المواد ٢٠ و ٢٨ و ٣٠ من قانون العقوبات ، وما أيسح له من تأديب القاصر أو إرساله إلى الإصلاحية على ما جاء بالمادة ٦١ ، ومعاقبة العائد في حكم المادة ٤٨ بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد ، إلى آخر ما جاء من ذلك في قانون العقوبات .

٨٢ - (ب) ومن رخص القانون المدني التي أيسح للقاضي الترخص بها : جواز الحكم بإبطال حق الانتفاع إذا لم يتم المنتفع بالشروط المقررة عليه (المادة ٢٨ من القانون المدني المقابلة للمادة ٦١٨ من القانون المدني الفرنسي) ، وتفسير مسلك حق الارتفاق إذا أضر المسلك القديم بالعقار المرتفق به ضرراً بلياً^(١) ، وإعطاء المشتري المتأخر في دفع الثمن ميعاداً واحداً للوفاء بدلا من الحكم بالقسوخ (المادة ٣٣٣ مدني أهلي المقابلة للمادة ١١٨٤ من القانون الفرنسي المنصوص فيها على حكم الشرط القاسخ الضمني في الالتزامات المتعاقبة)^(٢) ، وإذن الدائن بعمل ما امتنع

(١) هذا الحكم منصوص عليه بالفقرة الثالثة من المادة ٧٠١ من القانون المدني الفرنسي ، ويمكن الأخذ بفقهاء في مصر وإن لم يرد قانوناً نص بجابل هذا النص (س . م . ٣٠ ملوس سنة ١٩٢٢ مجلة التشريع والقضاء سنة ٣٤ ص ٢٧٧ و ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجازيت سنة ٤ رقم ٣٥ ص ٦١ المنشورين في بياوروس رقم ٩٩ و ١٠٦ تطبيقاً على المادة ٥١ مدني مخطط ص ٥٣٦) .

(٢) وقد بين كايجان في رسالته التي وضعها في نظرية السبب بنسبة الكلام على المادة ١١٨٤ أن سلطة قاضي الموضوع تختلف باختلاف وجهة النظر في دعوى الفسخ المترتب على عدم الوفاء . فمن قدر أن الماقدين قد تعاقدوا على أن يكون لكل منهما الخيار بين اقتضاء الالتزام من التزمه وبين فسخ العقد عليه ، جعل لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في القضاء بالفسخ وعدمه ، سواء أكان الالتزام الذي وقع التصدير في وفائه التزاماً أصلياً أم ثانوياً ، وسواء أكان القى لم يوف هو الالتزام كله أو بعضه ، إلا أن يبعد القاضي للتأخر في الوفاء عذراً فيمنحه ميعاداً للوفاء . أما من رأى تأسيس الفسخ على عدم قيام السبب المترتب على عدم الوفاء ، فانه يجعل للقاضي السلطة التقديرية في الفسخ وعدمه عند عدم الوفاء بالالتزامات الأصلية ، سواء أكان التصدير في وفاء الالتزام كله أم في بعضه ، أما إذا وقع التصدير في وفاء التزام ثانوي فلا يكون للقاضي أن يفسخ العقد (ص ١٥٤ وما بعدها) ، وبهامش هذه الصحف الأحكام الصادرة) ، ويروى ص ٢٢٧ وهو واضحها .

المدن عن عمله أو بإزالة ما عمله المدن مخالفاً لالتزامه بدلا من الحكم بفسخ الالتزام في صورتين (الفقرة الثانية من المادة ١١٧ من القانون المدني الأهلي المقابلة للمادتين ١١٤٣ ، ١١٤٤ من القانون الفرنسي)^(١) و^(٢) ، وتكليف صاحب الدفع أو صاحب الدعوى باليمين المتممة عند عدم كفاية الإثبات (المادة ٢٢٣ مدني أهلي المقابلة للمادة ١٣٦٧ من القانون الفرنسي) ، والحكم بفسخ الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك آخر بما تعهد به أو لوقوع منازعة قوية بين الشركاء تمنع جريان أشغال الشركة أو لأي سبب قوى غير ذلك (المادة ٤٤٦ من القانون المدني الأهلي) ، والحكم بتعيين حارس قضائي على الأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة تحت القضاء أو الحكم برفض تعيينه (المادة ٤٩١ من القانون المدني الأهلي) ، وتعيين القاضي للبعد الذي يجب فيه على المستعير عارية استهلاك رد قيمة العارية ، وذلك إذا لم يمين لهذا الرد ميعاد أو اتفق على أن المستعير يؤدي ما استعاره عند إمكانه (المادة ٤٧٥ من القانون المدني الأهلي) .

٨٣ — (ج) ومن رخص قانون المرافعات في تطبيق القانون : جواز الحكم بالمقاصة في المصاريف بين الخصوم أو تخصيصها عليهم ، حسبما تراه المحكمة وتقدره في حكمها (المادة ١١٤ من قانوننا الأهلي المقابلة للمادة ١٣١ من القانون الفرنسي)^(٣) ؛ وجواز الحكم بإدخال ضامن أو بعدم إدخاله في المواد التجارية

(١) مارتى ص ٢٧٤ وهامشها رقم ٧ ، وبهذا الهامش أن قضاء محكمة النقض ثابت على ذلك ، من حكم دائرة الرافض الصادر في ١٨ فبراير سنة ١٩٠٣ (س ٩٠٣ — ١ — ٢٧٢) إلى حكمها في ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٢ (س ٩٢٣ — ١ — ١١١) .

(٢) ولئن كان ظاهر نص المادة ١١٧ ينمى الخيار للدائن بين الفسخ والتعديلات في صورة الفقرة الأولى من هذه المادة إلا أننا نرى مع ذلك أن يكون الخيار بين الأمرين للقاضي بسلطته التقديرية .

(٣) قاضى ص ١٦٦ وهامش رقم ٤ ون . ف ٨ يونيو ١٨٦٩ (د ٦٩ — ١ — ٣٠٣) ون . ف ٣٠ يناير سنة ١٩١١ (س ٩١١ — ١ — ٣٠٤) و ١٨ مارس سنة ١٩٠٧ (س ٩٠٩ — ١ — ٤٣٣) وتطبيق ناكيه (Naquet) ويرو ج ٢ ص ٢٦٧ وانظر في جواز إلزام أحد الحصين بجميع المصاريف ولو قضى له يئس طلباته ن . ف ١١ مايو سنة ١٩١٥ (س ٩١٦ — ١ — ٥٥) .

أو في المواد المدنية إذا اهضت ثمانية الأيام المشار إليها في المادة ١٤٣ (المادة ١٤٣ أهلى) ، وجواز الحكم باعتبار امتناع الخصم المقتضى استجوابه مما يؤذن بإثبات الوقائع بالبينه (المادة ١٦٢ المقابلة للمادة ٣٣٠ فرنسى) ، وجواز حكم المحكمة بامتداد ميعاد التحقيق أو صرف النظر عن ذلك والحكم فى أصل الدعوى (المادة ١٨٥) ، وجواز الحكم بتعيين خبير فى الدعوى حسب إراءه القاضى (المادة ٢٢٢) ، وجواز الحكم بانتقال المحكمة لحل النزاع متى رأت لزوم هذا الانتقال (المادة ٢٤٥) ، وجواز الحكم بإعطاء ميعاد للخبير إذا طلب استبداله لعدم تقديمه تقريره فى الدعوى (المادة ٢٤٢) ، وجواز الحكم بالتنفيذ المؤقت أو عدم الحكم به فيما يكون للقاضى الخيار فيه بينهما (المادة ٣٩٢ الفقرة الأخيرة)^(١) ، وجواز الحكم بسقوط دعوى التزوير القرعية لعدم إعلان أدلة التزوير فى ميعاد ثمانية الأيام المحددة لذلك (المادة ٢٨٥)^(٢) .

٨٤ - (د) ومن رخص قانون التجارة : قبول دخول المفلس فى الدعوى وعدم قبوله (المادة ٢١٨ المقابلة للمادة ٤٤٣ من القانون الفرنسى) ، وتقدير القدر الواجب قبوله من دين المفلس المؤجل دفعه لأكثر من سنة (المادة ٢٢٣) ، وجواز الحكم ببطلاق ما يقع من التسجيلات بعد وقت وقوف المفلس عن دفع ديونه أو فى عشرة الأيام التى قبل هذا الوقت ، إذا مضت مدة أزيد من خمسة عشر يوماً بين تاريخ عقد الرهن المقارى أو الامتياز وتاريخ التسجيل (المادة ٢٣١ المقابلة للمادة ٤٤٨ من القانون الفرنسى) ، والحكم بتقديم الدفاتر التجارية

(١) ولا يتصور الطعن بالنقض بناء على هذا السبب إلا فى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف فى طلب تنفيذ الحكم الابتدائى أو فى طلب منع تنفيذه .

(٢) وقد عد يريو من رخص قانون المرافعات جواز الحكم بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها أساسها أو عدم الحكم بذلك ، وكذلك الحكم بقبول دعوى المدعى عليه القرعية ، أو عدم قبولها (واستشهد بالأحكام التى ذكرها فى ص ٢٦٣ وهوامشها) . والمسألة عندنا محل نظر لأن فى المواد الخاصة بذلك قيوداً يجب تحديد مآنيها وتوخى هذه المعاني فى الدعاوى المختلفة .

لأجل الإثبات في دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية (المادتان ١٧ و ١٨ من قانون التجارة)^(١).

٨٥ - (٥) ومن رخص قانون تحقيق الجنايات : جواز الحكم بالتضمينات التي يطلبها بعض الخصوم من بعض وجواز الحكم بطلب اختصاص محكمة الجناح بنظر دعوى التضمينات متى رأت أن الواقعة غير ثابتة أو أن القانون لا يعاقب عليها أو أن الحق في إقامة الدعوى بها قد سقط (المادة ١٧٢) ، وجواز حكم محكمة الجناح الاستئنافية باستيفاء تحقيق أو سماع شهود أو الحكم برفض ذلك (المادة ١٨٦).

٨٦ - لكن هذه السلطة — أو هذه الخيرة — لا تكون لقاضى الدعوى إلا إذا كان القانون لم يشر حقاً بأية طريقة ما إلى مناط أو علامة يمكن بها تحديد الصور التي يكون للقاضى فيها الأخذ بأحد وجهى الحكم من الصور الأخرى التي لا يكون للقانون فيها إلا حكم واحد . فإن وقعت منه الإشارة إلى شيء من ذلك وعرف منه أن الحكم من العرائم^(٢) الواجب الأخذ بها في جميع الأحوال حقت رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون .

ولهذا قد انتقد مارتى ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٣١ يولييه سنة ١٩٠٧ (٩٠٨٥ - ١ - ١٠) من أن المادة ٦٤٥ من القانون المدنى قد خولت لقاضى الموضوع السلطة التقديرية في توزيع مياه الرى على ما تقتضيه مصلحة الزراعة واحترام حق الملكية مع مراعاة الظروف الزمانية والمكانية ، فقال في مقدمه : إن القانون ما دام قد أشار في المادة السابقة الذكر إلى وجوب إجراء التوزيع على مقتضى مصلحة الزراعة واحترام حقوق الملكية

(١) ن . م . م ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٦٢ والمحاماة س ١٦ رقم ٧ ص ١٠) .

(٢) نريد بالعرائم الأحكام الأصلية النافذة بغير مارتخس ، وقد أخذنا هذا التعبير عن الفقه الإسلامى الذى قسم الأحكام الشرعية إلى عزائم ورخص ، وقسم العزائم إلى فروض وواجبات وسنن وهن .

قد تبين على محكمة النقض أن تراقب ما إذا كان قاضى الدعوى قد راعى هذا الضابط أو لم يراعه ، لتقضى بنقض الحكم عند عدم مراعاته^(١) و^(٢) .

وقد اتقدها أيضاً فيما جرت عليه من اعتبار تصرف القاضى بالإذن للمدين بالوفاء على أقساط مما يدخل فى حدود سلطته التقديرية^(٣) (المادة ١٢٤٤ من القانون المدنى الفرنسى) فقال إن الصواب هو إخضاع حكم القاضى فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، ذلك بأن هذه المادة تقيد هذا التصرف بوجود المحافظة الشديدة على مصالح الطرفين (avec une grande réserve) وبأن تكون الآجال المعلقة معتدلة (accorder des délais modérés) وهى قيود ذات معان قانونية يمكن لحكمة النقض تحديدها . وقد نميل إلى هذا رأى لأن المادة ١٦٨ من قانوننا قيدت سلطة القاضى بقيدتين : أولهما أن يكون الميعاد لا متعاً (un délai modéré) والثانى ألا يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين (s'il n'y a pas préjudice grave pour le créancier) ، ومن المفيد أن تحدد محكمة النقض معانى هذين القيدتين فى بعض أنواع الديون كديون الأسمدة وأجرة الأراضى الزراعية ومرتبات الخدمة ، فتجتمع كلمة القضاء فى ذلك على قول واحد .

٨٧ — ويتفرع على كون صورة الدعوى مما يجوز للقاضى فيه الخيار بين الأخذ بحكم القانون وبين ترك الأخذ به أمران : (الأول) أنه لا يجوز الطعن فى الأحكام الصادرة فى هذه الأحوال بالخطأ فى تطبيق القانون ما دام المفروض

(١) مازو ص ٢٧٥ هامش رقم ١ و ٢ ، وقد وافق فى على مذهب الحكم (ص ١٦٦ وهامشها رقم ٢) .

(٢) وما تنبئ ملاحظته أن المادة ٣١ من قانوننا الأهلى قد خلت من الإشارة إلى الضابط الوارد ذكره بالمادة ٦٤٥ من القانون المدنى الفرنسى ، واستبدلت به ضابطا آخر هو « مراعاة ما تقتضيه القوانين والأوامر واللوائح المتعلقة بذلك » فدم توزيع المياه بهذه المراجعة مما يقع تحت رقابة محكمة النقض .

(٣) يرو ج ٢ ص ٧٥٧ وهامشها رقم ٦ ون . ف ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٤٠ (ص ٤٣) — ١ — (٢٣٣) ع . ف ٧ يولية ١٨٥٩ (د ١٨٦٠ — ١ — ٧١) وهو رأى المستشار فى (ص ١٦٦) .

أن من أصدرها كان له التصرف بالأخذ والترك في حدود ما أجاز له التصرف به . غير أنه يجوز بالبداية الطعن فيها بأسباب أخرى كمخالفتها لقواعد الاختصاص ، أو كوقوع بطلان فيها أو في الإجراءات السابقة عليها . وقضاء محكمة النقض الفرنسية ثابت على ذلك ^(١) .

(١) بيرو ص ٣٧٢ و ٣٧٤ وهوامشهما . ومن قضائها : أن دعوى رفعها صاحبها أمام أحد قضاة الصلح طلب فيها الحكم على جاره بتعويض عن صيده حماما له في غير موسم العبد ، فرفض عليه خصمه دعوى تعويض فرعية طالبه فيها هو الآخر بتعويض ما أصاب زراعته من تلف ، لحكم القاضي في الدعوى الأصلية بالتعويض لصاحبه وحفظ الحق لصاحب الدعوى الفرعية يدعيها متى شاء ، وذكر في حكمه أنه يرى أن مدعى الدعوى الفرعية قد بالغ في قيمتها ليحصل الحكم المزمع صدوره في الدعوى مما يجوز استئنافه وأنها في حاجة إلى تعيين خير يحدد التلف ويقدر قيمته حتى تستطيع المحكمة الحكم بالقاسة به مع التعويض المطلوب في الدعوى بالأقل من قيمة الدينين . استؤنف الحكم فأيدته محكمة الاستئناف بأسبابه . وطمع في الحكم الاستئنافي ، وكان مبنى الطعن أن المحكمة بدم فصلها في الدعوى الفرعية الباطلة في اختصاصها المركزي والنوع قد خالفت حكم المادتين ٣٢٧ و ٣٣٥ (مرافعات) اللتين تجيزان للمدعى عليه رفع دعواه الفرعية أمام المحكمة المرفوعة إليها الدعوى الأصلية القائمة عليه ، قضت محكمة النقض بنقض الحكم ، وقالت في حكمها : إن مثل هذه الدعوى الفرعية مما يعتبر في الحقيقة دساً في الدعوى الأصلية ، ولذلك كان يجب على القاضي أن يحكم فيها ، فإن رأى أنه لا يستطيع الحكم في الدعوى الفرعية إلا بعد إحالة القضية إلى خير يقدر قيمة التلف الواجب الحكم عنه بالتعويض ، قضى بنقض الحيز ، وما كان ينبغي له أن يمتنع عن الحكم في الدعوى الفرعية بعد أن دخلت في اختصاصه . راجع حكم ٩ يونه سنة ١٨٨٦ (س ٨٦ — ١ — ٤٢٥) . وقد جاء في التعليق على هامش هذا الحكم أن قاضي الصلح كان مختصاً بنظر الدعوى اختصاصاً نوعياً ومركزياً ، وأنه كان للقاضي أن يفصل الدعوى الواحدة عن الأخرى ، وأن مذهب محكمة النقض جرى على أن يكون القاضي ملزماً — حتى إذا عجل الفصل في الدعوى الأصلية — أن يتبنى الدعوى الفرعية أمامه ويفصل فيها . ووجه استبعاد الأستاذ بيرو فيها نحن بصده هو — على ما يظهر — أن القاضي كان له بمقتضى سلطته التقديرية أن يبين خيراً ، وألا يبينه ، وأن يفصل في الدعوى بحكم واحد ، أو أن يجعل الفصل في الدعوى الأصلية ، ولكنه ما كان له أن يصدر الحكم المطعون فيه ملزماً صاحب الدعوى الفرعية بأن يتأنف التذاعى بها من جديد ، وبشبه هذا الفصل أن يكون قضاء منه بعدم الاختصاص فيها هو مختص به بغير شبهة ، ولهذا صح الطعن في الحكم بمخالفة قاضيه لقاعدة من قواعد الاختصاص لا يخطئ في التصرف بمقتضى السلطة التقديرية فيما جاز له التصرف به . وقد استشهد بيرو بحكم آخر أصدرته محكمة النقض في ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٦ (س ٨٦ — ١ — ٣٠٦) جاء به أنه إذا طلب البائع الحكم بعدم قبول دعوى رد المبيع عليه بالبيع الحق لرضاه بعد أوانها ، وقبلت المحكمة الدعوى مع ذلك بغير أن تجيب على هذا الطلب صراحة ولا ضمناً ، كان حكمها ميباً متعين النقض . ووجه الاستبعاد بهذا الحكم أن =

و (الثاني) أنه لا يصح الطعن في هذه الأحكام بقصور أسبابها عن بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها القاضي في التصرف في تطبيق القانون على النحو الذي تصرف به ؛ لأنه ما دام المقصود من تسبب الأحكام هو تمكين محكمة النقض من بسط رقابتها على تطبيق القانون ، وما دام المفروض أن القانون قد أذن للقاضي في التصرف في تطبيقه على مقتضى ما يراه هو بغير مقرب عليه ، فالنتيجة المنطقية لهاتين المقدمتين هي عدم جواز الطعن في تلك الأحكام بخلوها من تلك الأسباب التي اقتضت هذا الوجه من التصرف دون عكسه ^(١) .

== المادة ١٦٤٨ من القانون المدني الفرنسي تنص على أن دعوى الرد بالعيب الخفي يجب أن يرفعها المشتري في مهلة قصيرة تراعى فيه طبيعة العيب وعرف البلد الذي وقع فيه البيع ، وأن الفقه والقضاء الفرنسيين يجران على أن تحديد المياد الواجب رفع دعوى الرد فيه موكول إلى سلطة القاضي التقديرية ، وأنه إذا كان لا يجوز الطعن في الحكم الذي يحدد فيه القاضي المياد المناسب لأن هذا التحديد داخل في حدود سلطته هذه ، فإنه يجوز الطعن في الحكم لعدم رده على ذلك الطلب الذي طلبه المدعي عليه التضمين عدم قبول الدعوى لرفضها بعد المياد ، لا صراحة ولا ضمنا (راجع هذا الحكم وما جاء به فيله من تعليق) .

(١) حكم بمحكمةنا في ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ في الطعن رقم ١٠٥ سنة ٤ . وكان وجه الطعن أن محكمة الاستئناف إذ ألغت الحكم الابتدائي الذي كان قبل طلب الطاعن وعين خيرا لعمل الحساب من واقع مستندات الطرفين ودفاترها التجارية ، وإذا أمكن عن إجابته إلى ما طلبه من التصريح له بإثبات براءة ذمته من الدين بدفاتر المظنون ضده ، لم يبين أسبابا لهذا الامسك ، فحكمها من هذه الناحية وقع باطلا لخلوه من الأسباب . فقالت المحكمة في حكمها الذي أصدرته برفض الطعن : إن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقا مقررًا لحضم التاجر واجبا على المحكمة إنالته إياه متى طلبه ، بل إن الشأن فيه — بحسب نص المادة ١٦ من القانون التجاري — أمر جوازي للمحكمة ، إن شاءت أجبته إليه وإن شاءت اطرحته ، وكل أمر يجعل القانون فيه لقاضي خيار الأخذ والترك فلا حرج عليه إن ماله لجانب دون الآخر من جانبي الخيار ، ولا يمكن الادعاء عليه في هذا بمخالفة القانون . ثم قالت : مادام الحكم المظنون فيه قد بين الأسباب الواقعية الكفيلة — في تكيفها القانوني — بصحة ما قضى به ، فحبه هذا ، وما كان ينبغي أن يبين لماذا لم يجب ما طلبه الطاعن من أمر خصمه بتقديم دفاتره للاستدلال بها على براءته كليا أو جزئيا من الدين ، فإن هذا فضلا ، خصوصا وأن ما طلبه الطاعن من ذلك ليس حقا له واجبة إجابته إليه ، بل الشأن فيه للمحكمة كما نهدم إن شاءت أجابته وإن شاءت رفضت الإجابة ، والقاضي متى أخذ بخطة يجهلها القانون تحت تصرفه وميثاقه *pouvoir discrétionnaire* فلا يطلب منه بيان الأسباب ، وإنما الأسباب التي يجب على القاضي بيانها هي العناصر الواقعية في الدعوى وتحصيل قهه لما سما سلطته فيه هي سلطة مطلقة ، إذ بيان هذه ==

لكن محكمة النقض الفرنسية لم تر الأخذ بهذه النتيجة الثانية إلا فيما ورد فيه النص الصريح بالإذن للقاضي بالتصرف بمقتضى تلك السلطة التقديرية المتقدمة الذكر^(١)، وفيما كان القياس فيه على النص الوارد بذلك واضحاً جلياً^(٢). أما فيما لم يرد به نص ولا قياس جلي، وكان مصدر القول بترك التصرف فيه للقاضي على مقتضى سلطته التقديرية هو اجتهاد القاضي في قه القانون، فإن محكمة النقض تشدد في محاسبة القضاة على خلو أحكامهم من الأسباب الموضحة لخطواتهم في هذا الاجتهاد، وكثيراً ما نقضت أحكامهم لهذا العيب^(٣).

= الأسباب ضروري الإمكان تكيف الواقع في الدعوى وتطبيق حكم القانون عليه، ذلك التكيف والتطبيق الداخلي تحت مراقبة محكمة النقض (النانون والاقتصاد ٥ رقم ٦٢ من ٢١٩ والحاماة ١٦ رقم ٧ من ١٠).

(١) بيروس ٢٧٦ وهوامشها. ومن الأحكام التي استشهد بها ن. ف ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ (س ٩٠٩ — ١ — ٥٦) القاضي بعدم قبول وجه الطعن في الحكم الصادر بالمقاصة بالمصاريف إذا كان منبأه خلو الحكم من الأسباب الداعية لذلك.

(٢) ع. ف ١٣ يونيو سنة ١٨٩٨ (س ٩٩ — ١ — ٣٩) وكان مبنى الطعن أن محكمة الاستئناف إذ حكمت بتأييد الحكم المتألف القاضي بتعيين فلان أميناً شرعياً مؤقتاً لإدارة أموال التركة المطلوب قسمتها وتصفيتها بين مستحقها، وإذ لم تعيب المتألف إلى ما طُلبه من تعيين أمين شرعي آخر تكون قد خالفت القانون. وقد قالت المحكمة في حكمها الصادر برفض هذا الطعن: إن القانون قد خول لقاضي الدعوى — بنس المادة ٨٢٨ من القانون المدني — السلطة التقديرية في اختيار من يرى اختياره من الموثقين لتصفية وقسمه الأموال الحاصلة من تعيين وسيع أموال التركة المقاربة والمعلقة، فهو بهذا النص معنى من بيان الأسباب التي تكون قد وجهته إلى هذا الاختيار. وما دامت المحكمة الابتدائية قد قاست على حقها هذا حقها في الحكم في الدعوى المالية التي رفعها لها أحد الخصوم وطلب الحكم بتعيين أمين شرعي لإدارة التركة مؤقتاً حتى تتم تصفيتها وقسمتها، فإمكان يجب عليها أن تبين وجه تصرفها في اختيار أمين دون آخر، وكذلك ما كان يجب على محكمة الاستئناف أن تعطي لهذا التصرف أسباباً خاصة لأنه من قبيل التصرف بالسلطة التقديرية المنصوص عليها بالمادة ٨٢٨ من القانون المدني.

(٣) بيروس ٢٧٨ و ٢٧٩ والأحكام المبيته بهما وهوامشها: ع. ف ٣ يولي سنة ١٨٤٤ (٤٤ — ١ — ٢٧٩) ون. ف ٤ يولي ١٨٦٤ (د ٦٤ — ١ — ٢٣٧) ون. ف ٧ مايو سنة ١٩٠٠ (س ٩٠١ — ١ — ١٢٠).

الفرع الرابع

في نشاط قاضي الدعوى في فهم المحررات والعقود وتفسيرها

وتطبيق حكم القانون عليها ، وما يكون من ذلك

اجتهاداً في القانون وما لا يكون كذلك

٨٨ - تمهيد : قد بينا من قبل ما هو فهم الواقع في الدعوى وما هو فهم حكم القانون في هذا الواقع ، ولماذا لا تراقب محكمة النقض حاصل الفهم الأول ولم تراقب تكييف هذا الفهم بحكم القانون ثم تطبيق القانون على حاصل هذا الفهم بعد تكييفه . ولم نحف فيما بيناه من ذلك صعوبة التمييز بين ما يكون مسألة واقعية وما يكون مسألة قانونية .

ولما كان قاضي الدعوى كثيراً ما يحصل فهم الواقع في الدعاوى القائمة على التزامات اتفاقية من محرراتها وعقودها ، ثم يكيف هذا الواقع حسب نصوص هذه المحررات وتلك العقود أو بما ينطبق على أنواعها من أحكام القانون ، كان من المتعين علينا أن نبين في هذا الفصل ما يمكن اعتباره أنه واقعي من مسائل تفسير الاتفاقات وتطبيقها وما يجب اعتباره منها أنه من المسائل القانونية التي يخضع رأى القاضي فيها لرقابة محكمة النقض .

قد يظهر بادی الرأي أنه ما دام القانون يسترف بقوة الالتزامات الاتفاقية ويعمل على إنفاذها كما يعمل على إقازد الالتزامات المترتبة على الأفعال أو على القانون (المواد من ١٤٤ إلى المادة ١٥٧ من القانون المدني) ، وما دام من المسلم به أن ما اتفق عليه الماقدون يستبر كنص الشارع في الفهم والدلالة ووجوب العمل به ، وما دام القاضي مكلفاً في قضايا الاتفاقات والعقود بالتثبت من وقائع

الدعوى ثم بمطابقة ما ثبت منها على نصوص هذه الاتفاقات ثم بإزالة حكم هذه النصوص على هذا الثابت من وقائع الدعوى — ما دام الأمر كذلك وما دام الاتفاق معتبراً أنه قانون العقد — فإنه من السائع أن يعطى لهذا القانون الخاص بالتعاقد حكم القانون العام فيكون من وظائف محكمة النقض الرقابة على تفسيره وتطبيقه أسوة برقابتها على تفسير القانون العام وتطبيقه . وبهذا تصبح كلمة « القانون » الواردة في قانون إنشاء محكمة النقض تشمل قانون العقد كما تشمل القوانين العامة وما التحق بها .

غير أننا لم نجد ، لا في قانون محكمة النقض المصرية ولا في القوانين والأوامر الملكية التي تبأشر محكمة النقض الفرنسية وظائفها على مقتضاها ، نصاً يرمز ذلك . ولهذا رأينا أن نجري في هذا الفرع على ما جرينا من قبل عند تحديد ما لقاضى الدعوى وما لمحكمة النقض من سلطة في فهم حكم الواقع في الدعوى وفي فهم حكم القانون في هذا الواقع ، وبذلك ينقسم هذا الفرع إلى المطلب الآتية :

المطلب الأول : فهم الواقع في العقد وتفسير شروطه .

المطلب الثانى : تكييف العقد .

المطلب الثالث : تطبيق أحكامه .

المطلب الأول — فهم الواقع في العقد وتفسير شروطه

٨٩ — إذا احتاج قاضى الموضوع في فهم الواقع في دعوى إلى التثبت من وجود نص في عقد أو في اتفاق أو إلى تفسيره فإنه يحصله باستدلال عقلى لا يدخل في تركيبه أية قاعدة قانونية . ذلك بأن عمله يكاد ينحصر في فهم وجهة العقد ومقصود عقائده من ألفاظه وعباراته وما سبقه أو قارنه من ظروف وأحوال ومناسبات مختلفة ، ومقارنة الظاهر من شروطه بفامضها وما لا خلاف في تفسيره منها بما وقع فيه الخلاف ، وتقليب شرط على شرط ، وترجيح معنى على آخر ،

إلى غير ذلك مما يهديه إليه ذكاؤه وذوقه ومنطقه . نعم إن القاضي قد لا يجد بالمقد حل المسألة المختلف عليها لعدم خطورها ببال العاقلين ، بل قد لا يثر فيه على أية علامة يمكن أن يهتدى بها إلى حل هذه المسألة ، فإن اجتهد واستطاع حلها على الوجه الذي كان العاقدان يحملانها به لو فطننا لها حين العقد ، فإن اجتهداه على كل حال لا يبدو تعرف مقصود العاقلين في الواقع أو ما يقتضيه هذا المقصود بغلبة الظن ، وهو بحث موضوعي ونقسي يختلف باختلاف العقود ويتغير بتغير العاقلين . وقد يخالف القاضي في ذلك ما يقتضيه النوق أو قواعد المنطق أو أصول المدل بغير أن تعتبر مخالفته هذه مخالفة للقانون . ولهذا كانت القاعدة في هذا الصدد هي : أن لقاضي الدعوى في تفسير العقود والاتفاقات وسائر المحررات وفي التثبت من نصوصها سلطة تامة لا رقابة عليه فيها لحكمة النقض . وقد سلت محكمة النقض الفرنسية بسلطة قاضي الدعوى التامة في تفسير العقود منذ أوائل القرن التاسع عشر . ولكن القول بهذه السلطة لم يصل إلى ما هو عليه من التحديد والانضباط إلا بعد تدرج طويل قامت في طريقه نظريات فقهية مختلفة هذبته وقيدت من مطلقه .

- ٩٠ — وإذ كان لا غنى للباحث في النقض عن الإمام بهذا التدرج وبما نبه حوله من هذه النظريات وعن مدى تأثيرها في القول بترك التفسير لقاضي الموضوع بلا رقابة عليه لحكمة النقض ، فقد رأينا عرض ذلك فيما يلي ^(١) :
- ٩١ — **المهر الأول وبغرى في سنة ١٨٠٨** : كانت محكمة النقض

(١) المراجع : جوجيه ، *Oauguier, — De l'interprétation des actes juridiques* , 1898 (thèse, Paris, 1898)
 Dereux . - *L'interprétation des actes juridiques* , 1905 (thèse, Paris, 1905)
 Gounot . - *Le principe privés* , 1905 (thèse, Paris, 1905)
 de l'autonomie de la volonté , 1912 (thèse, Dijon, 1912)
 Talamond - *Le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur l'interprétation et l'application des contrats* (thèse Paris, 1926)
 ومارتن ، ٢٩٨ .
 و ٣٢٨ وباقي المراجع بالهامش رقم ١ ص ٢٩٨ .

الفرنسية في السنوات الأولى من عهد تشكيلها تترد فيها إذا كان من وظائفها نقض الأحكام المبنية على مخالفة العقود والاتفاقات أو على الخطأ في تفسيرها ، فكان يعطى إليها إلى تولى الرقابة على التفسير والتطبيق ما تراه من إمكان اعتبار العقود والاتفاقات في حكم القانون^(١) ، وكان يصرفها عن ذلك أحياناً لوائح تشكيلها التي لا تكاد تعطى إلا الحق في نقض الأحكام المخالفة لنص القانون مخالفة صريحة^(٢) ، ثم انتهى هذا التردد بتقريرها بوجه عام — بأن لما أن تنقض الأحكام المبنية على خطأ في تأويل نصوص العقود أو في تطبيق هذه النصوص ، وذلك اعتباراً بأنها من قبيل نصوص القانون التي تعترف لنفسها بالرقابة على تأويله وتطبيقه^(٣) . وكانت تبني أحكامها — قبل العمل بالقانون المدني — على القاعدة الرومانية المشهورة التي نصها : *(Contractus legem ex conventionione accipit)*

(١) وفي السنة الرابعة من سني الثورة أبدت محكمة النقض الفرنسية رأياً بأن لها أن تنقض الأحكام المخالفة لقانون المدد اعتباراً بأن العقود والمصالحات ، فيها عدا حالة التواطؤ والنش والفن التي لها أحكام خاصة في الأوامر الملكية ، يجب أن تكون لها بين المتعاقدين قوة القانون ، وأن يكون عليهم تنفيذ نصوصها حرفياً (راجع فقرة ١٥٦٨ من ربرتوار دالوز) . ومن المصعب جداً تحديد ما كانت تعتبره محكمة النقض أنه من مسائل التفسير أو أنه من مسائل تطبيق حكم المدد (راجع آخر هذه الفقرة) .

(٢) حكم ١٤ فلوريال سنة ٤ المشار إليه بفقرة ١٥٧٠ ربرتوار دالوز وقد جاء في أسبابه *une lettre privée n'est point une loi dont la violation puisse donner ouverture à cassation.*

(٣) حكم ١٩ بريرال سنة ٧ المشار إليه بفقرة ١٥٦٩ ربرتوار دالوز . وتتلخص القضية التي صدر فيها هذا الحكم في أن رجلين تمهدا لثالث بأن يدفعاً له بالتضامن مبلغاً من المال ، بعد إقرار أولهما في سند الدائنة بأنه اقترض المبلغ لنفسه وإقرار الثاني بأنه إنما ضمن زميله في تسديده . ولما حل الأجل وطالهما الدائن بالدفع متضامين ، حكمت المحكمة بإلزامهما بالدین بشر تضامن معتمدة على أن ما جاء من إقرار كليهما بأن الاقتراض كان لمصلحة أولهما وأن الثاني إنما ضمن صاحبه في الوفاء ، قد هدم التضامن وألغاه . فلما قضت محكمة النقض هذا الحكم قالت إنه مخالف لنص السند ، وفي مخالفته إيحاء مخالفة صريحة لنصوص الأوامر الملكية الصادرة في سنة ١٥١٠ و ١٥٣٥ و ١٥٣٩ فيما جاء بها من وجوب احترام العقود الصحيحة وإغاثتها بين المتعاقدين . وانظر حكم ٣٠ بريرال سنة ١٣ المشار إليه بفقرة ١٥٦٩ وحكم ٢٢ ميسدور سنة ٩ المشار إليه بفقرة ٢٠٤٤ من ربرتوار دالوز تحت كلمة *Commune* وقد جاء بهذا الحكم أن الحكم المطعون فيه قد خالف المدد الذي هو قانون المتعاقدين .

(iunt) والتي ترجتها : (les contrats reçoivent leur loi de la convention)^(١) ، ثم على نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني .

٩٢ — المهر الثاني : وقد بقيت محكمة النقض تقضى بمذهبها هذا حتى سنحت الفرصة لناثيها العام (مرلان) فصرحها عنه إلى مذهب الذي سبق له شرحه في موسوعته^(٢) ، قررت بمحكمها المؤرخ في ٢ فبراير سنة ١٨٠٨ بأن نقضاً الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود وأن لا رقابة لمحكمة النقض عليها في هذا التفسير ، وأن الزعم بمخالفة الحكم لقوى المقد لا يصلح سبباً للطعن به أمام محكمة النقض ، ولو مسخ الحكم مقصوده واستبدل به غيره مما^(٣) لم يخطر ألبتة على بال العاقلين ؛ وأن محكمة الاستئناف لا تعتبر ، في صورة الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، قد خالفت القانون إذ اعتبرت الشركة المتنازع عليها شركة توصية اعتياداً على ما ظهر لها من قوى عقدها ومن التشرات الموزعة على الكافة عند إنشاء الشركة^(٤) وهذه الدعوى تتلخص في أن محكمة النقض كانت نقضت بمحكمها المؤرخ في ٢٨ مايو سنة ١٨٠٦^(٥) حكم محكمة بروكسيل لخطئه في تفسير عقد شركة وفي اعتبار هذه الشركة شركة توصية لا شركة تضامن ، وذلك جرياً على ما كان استقر عليه قضاؤها من قبل من جواز الطعن بالنقض في الأحكام المبينة على الخطأ في تفسير العقود أو في تطبيقها . ومحكمة دويه (Douai) التي أحيلت إليها القضية ، حكمت فيها على نحو ما حكمت به من قبل محكمة بروكسيل ،

(١) راجع مجموعة القواعد اللاتينية المستعملة لمؤلفها جوانو (القاعدة رقم ٦٢١ من ٨٠)

(٢) ربرتوار مرلان : المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني تحت كلمة (Société)

(٣) En matière d'interprétation d'actes les Tribunaux avaient un pouvoir

discretionnaire et sans contrôle et que la prétendue violation du contrat, n'étant pas une ouverture à cassation, même quand la décision attaquée avait dénaturé le contrat et substitué des conventions imaginaires aux véritables

conventions des parties. (خلا عن جوجيه ص ٢٨٩) .

(٤) ن . ف ٢ فبراير سنة ١٨٠٨ (س ٨٠٨ — ١ — ١٨٣) .

(٥) ٢٨ مايو سنة ١٨٠٦ (س ٨٠٦ — ١ — ٣٢٥) .

فرجع طعن في هذا الحكم الثانى وقدم لمحكمة التقضى مشكلة من جميع دوائرها، فاتهز (مرلاب) هذه الفرصة الحسنة للدلاء برأيه، فكان مما قاله في مرافعته قوله: «إما أن يكون القانون قد بين خواص أحكام العقد المدعى بأن الحكم المطعون فيه قد خالفه أو لا يكون قد بينها. فإن كان الأول وخالف قاضى الدعوى حكم القانون (كأن يقضى مثلاً بأن البيع المعلق على شرط توقيفى لا يلزم البائع بشيء ما) فالخالفه تكون واقعة حقاً فى قانون العقد ومحكمة التقضى تكون مختصة بتقويم هذا الخطأ بنقض الحكم المطعون فيه. وإن كان الثانى فالخالفه المدعاة لا يمكن اعتبارها حاصلة فى ذات القانون ولا يصح رفع الأمر فيها لهذه المحكمة». ثم قال إن حجة ما يراه من وجوب الحكم برفض الطعن فى الدعوى الحالية يؤكده أن محكمة التقضى إذا هي قبلت الطعن ونقضت الحكم المطعون فيه ثم قضت محكمة الإحالة بمثل ما قضت به محكمتا بروكسيل ودويه، فإنه يكون على محكمة التقضى سلوك سبيل التفسير الرسمى على الوجه المبين بقانون ١٦ سبتمبر سنة ١٨٠٧ لاستصدار مرسوم بقانون يحسم الخلاف، ويستحيل أن تصدر الحكومة قانوناً تفسره به عقداً اختلف على تفسيره لأنها لا تصدر قانوناً تفسيرياً إلا عند ما تقتضى الحال تفسير قانون سابق اختلف على معناه^(١) و^(٢).

ولم تضمن محكمة التقضى حكمها الصادر برفض الطعن الثانى شرح مذهبها الجديد فى تفسير العقود والاتفاقات، ذلك المذهب الذى اتجهت حتى منتصف القرن التاسع عشر. لكن المتأمل فى هذا الحكم على ضوء الاعتبارات التى قدمها

(١) ربرتوار دالوز فقرة ١٥٧١، ١٥٧٢ والأحكام المشار إليها فيها.

(٢) ومما يكتن من أثر هذه الحجة الأخيرة الخاصة بقانون س سنة ١٨٠٧ فى نفوس مستشارى المحكمة، فإن حكم سنة ١٨٠٨ المتقدم الذكر صار مذهباً لها حتى بعد أن عدل ذلك القانون فى ٣٠ يولييه سنة ١٨٢٨، بل بعد أن ألغى نظام التفسير التفرىي والحكوى بقانون أول يونيه سنة ١٨٣٠ وأصبح ما تراه محكمة التقضى بدوائرها المجمع من رأى قانونى واجب الاتباع على المحكمة التى تحال إليها الدعوى (راجع فترات ٣٣ و٣٤ و٣٥ من كتابنا هذا فى التفسير التفرىي والحكوى).

النائب العام ، وفي الأحكام الصادرة بعد ذلك ، يتضح له أنها أفسحت مجال التفسير لقاضى الموضوع وضيقت سلطة رقابتها عليه بمض التضييق^(١) ، وأن هذا المذهب يمكن تلخيصه فى جمل ثلاث :

الأولى — قاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود والاتفاقات حسب الغرض الذى يظهر له أن المتعاقدين قد قصدوه . وإذن فأبى تفسير يكون قد ذهب إليه وأخذ به فى الحكم فى الدعوى ، لا يصح الطعن فيه أمام محكمة النقض بزعم أنه يخالف لنص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى التى تنص على أن الاتفاق الصحيح يقوم بين عاقيه مقام القانون^(٢) .

الثانية — ولا يعتبر حكم قاضى الموضوع متعين النقض لمخالفته نص هذه المادة إلا إذا كان هذا القاضى — بعد تحديده وجهة العقد (la portée de la convention) — قد انصرف عن تطبيقه والأخذ به لعل ما ، كمخالفة العقد لتواعد العدل والإنصاف .

الثالثة — وكذلك يكون حكمه واجب النقض إذا أعطى العقد — بعد تفهمه وتحديد معناه — حكم نوع آخر من العقود المبينة أحكامها فى القانون لا يندرج هو تحته ، أى إذا أخطأ فى تكييفه بما لا يناسبه ولا ينطبق عليه من الكيف القانونية^(٣) .

(١) مارتى فقرة ١٤٦ من ٣٠٠

(٢) وبسند للقاعدة الأولى حكم ٥ يوليه سنة ١٨٠٨ و ٧ سبتمبر سنة ١٨٠٨ (المشار إليها ربرتوار دالوز فى فقرة ١٥٧٣ ، وقد ذكرهما فى بفرقة ١٦٩ من ١٨٨) والأحكام الكثيرة التى لحصها ربرتوار دالوز فى فقرة ١٦٠٠ و ١٦٠١ و ١٦٠٢ . ون . ف ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٣١ (س ٨٣٢ — ١ — ٢٦) و ٢٥ يوليه سنة ١٨٣٦ (س ٨٣٦ — ١ — ١٠٠) و ١٦ فبراير سنة ١٨٤١ (بنديكت ٤٤ — ١ — ٧٥٤) وأشير إليها فى كارتنيه فقرة ٣٢٩٧ و ٣٣٠١ و ٣٣٠٤ .

(٣) وبسند للقاعدتين الثانية والثالثة أحكام كثيرة منها الأحكام للملغصة فى ربرتوار دالوز فقرة ١٥٨١ وما بعدها ومنها حكم ٢٤ أبريل سنة ١٨٤٤ (ربرتوار دالوز فقرة ١٥٨١) وقد جاء فيه : إذا كان للحاكم الاستئناف أن تقدر وقائع الدعوى وتفسر ألفاظ العقود بسلطة قاضى الموضوع فإن من وظائف محكمة النقض أن تراقبها فى ذلك ما تنافلت هذه المحاكم فى تفسيرها أو تفسيرها عن طبيعة العقد الذى يكون القانون قد بين عناصره وأركانه وقرر أحكامه .

ونحن إذا صرفنا النظر الآن عن المجلتين الأخيرتين لتعلقهما بتكييف العقد وإزال حكمه على حاصل فهم الواقع في الدعوى وحصرنا القول في التفسير . قلنا إن محكمة النقض الفرنسية كانت تكتفي في أول هذا العهد بالتقرير بأن قاضي الموضوع هو سيد نفسه في التفسير ، ثم تدرجت إلى القول بأن الزعم بأن الحكم المطعون فيه قد خالف قانون العقد لا يصح اعتباره وجه طعن مقبولا أمام محكمة النقض ، ثم إلى التقرير بأن قاضي الموضوع لا يخضع لرقابة محكمة النقض في تفسير العقود وتطبيقها متى قرر في حكمه أنه إنما قضى في الدعوى على الوجه الذي ظهر أنه المطابق لغرض الماقيدين ، ثم إلى القضاء بأنها لا تقبل الطعن المبني على مخالفة الحكم لنص المادة ١١٣٤ ولا على مخالفة قواعد التفسير الأخرى المبينة بالمواد ١١٥٦ وما بعدها (الملقاة للسنتين ١٣٩ و ١٤٠ من قانوننا المدني) ثم انتهت في حكمها الذي أصدرته دوائرها الجمعية في ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٥ إل الجزم بأن محل الطعن في الحكم بمخالفته لنص المادة ١١٣٤ ، إنما هو عند ما يكون قاضي الموضوع — بعد أن تثبت من نص العقد وعين وجهته في تفسيره — قد رأى عدم الأخذ به لعله ما . أما إذا اقتصر القاضي على تحديد معنى العقد من طريق التفسير والتأويل ، فإن حكمه في الدعوى على مقتضى هذا التفسير يكون غير خاضع لرقابة محكمة النقض ، ولو كان قد أخطأ في واقع الأمر في تفسيره ، لأن خطأه عندئذ لا يعتبر خطأ في القانون وإنما يعتبر فسادا في القضاء ليس إلا (*un mal jugé*) . (١) و (٢)

ولم تك محكمة النقض ترفض الطعن المبني على مخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد التفسير المنصوص عليها في المواد المتقدمة فحسب ، بل كانت ولا تزال ترفض كذلك كل طعن يبني على مخالفة الحكم لقواعد التفسير الخاصة ببعض العقود ،

(١) ن . ف ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٥ (س ١٨٦٦ — ١ — ٢٣) و (د ٦٦ — ١ — ١٠٨) وأشير إليه في كاريبييه قرة ٣٣١٣ .

(٢) ونتيجة هذا المذهب أن سلطة قاضي الموضوع في التفسير تكون تامة مادام هو يقرر في حكمه أنه قد أخذ فيه بالتفسير المطابق لغرض الماقيدين (ماري آخر قرة ١٤٦ ص ٣٠١)

رغم الظن بأن في النص على مثل هذه القواعد الخاصة ما يوجب اعتبارها في حكم القواعد التكميلية التي يكون في عدم مراعاتها مخالفة للقانون تستوجب النقص^(١). ولهذا تراها مثلاً — رغم النص في المادة ١٢٧٣ من القانون المدني على أن استبدال الدين بآخر لا يصح افتراضه وأن نية الماقدين فيه يجب أن تظهر في سنده — تقرر أنه لا يشترط قانوناً أن تظهر هذه النية من ألفاظ صريحة في معنى الاستبدال، بل يكفي أن تتضح هذه النية وضوحاً لا شك فيه، ولقاضي الموضوع أن يحصل فهم هذه النية من جميع عناصر الدعوى، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقص^(٢). وتراها كذلك تعترف بسلطة قاضي الموضوع في استخلاص معنى التضامن من ظروف الدعوى وأحوالها، رغم ما جاء بالمادة ١٢٠٢ من القانون

(١) مارتى ص ٣٠٢ وهامش ١ الأحكام الصادرة تأييداً لهذه القاعدة لغاية حكم ٢ مايو سنة ١٩٠٦ (٩٠٦ د — ١ — ٢٤٨). ومن المفيد أن ثبت هنا ما لاحظته مارتى من أن كثيراً من الأحكام ما يظهر عليه بادية الرأي أن محكمة النقص تراقب قاضي الموضوع في تطبيق قواعد التفسير المبينة بالمواد ١١٥٦ وما بعدها من القانون المدني، ثم تنقض بصحة التطبيق. ولكن الواقع أن هذه الأحكام لصدورها برفض الطعون، ولأن أسبابها على الغاية من الاختصار والابراز، ولم أن المحسكة، على خلاف الواقع، قد نظرت في تطبيق قواعد التفسير هذه على واقعة الدعاوى، ولذلك يقول مارتى إنه لم يثر على حكم واحد تكون محكمة النقص قد قضت به حكماً طعن فيه لمخالفته قواعد التفسير المتقدمة الذكر (مارتى ص ٣٠٢ هامش ٣ و ٢) (٢) مارتى ص ٣٠٣ وهامش ١ وكايتين طبعة سابعة ص ٢ ص ٣٠٩، ون. ف ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ (س ٩٤ — ١ — ١٨٥) ون. ف ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٠ — ١ — ٢٢٧) وع. ف ١٢ مارس سنة ١٩٠١ (٩٠٣ د — ١ — ٣٤٩) وع. ف ١٠ أبريل سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٩ — ١ — ٩٣) و ٨ نوفمبر سنة ١٩١٠ (س ٩١١ — ١ — ١٥٢) وع. ف ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ (دالوز الأسبوعية ١٩٢٤ ص ٦٦٥) ون. ف ٧ يولييه سنة ١٩٢٥ (٩٢٧ د — ١ — ٢٧) ولعل أحسن ما صيغت فيه هذه القاعدة هو حكم ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ فقد جاء فيه: إن لمحكمة النقص بغير شك أن تتحقق ما إذا كانت الظروف التي أثبتتها قاضي الموضوع في حكمه تحتوي أو لا تحتوي جميع الأركان القانونية التي تتألف منها حقيقة استبدال الدين بآخر. أما تفسير الأوراق والوقود لتحصيل ما إذا كان للدائن الجديد إرادة واضحة في قبول مدينة الجديد خلفاً عن مدينة القديم أو لم تكن له إرادة في ذلك، فهو ما لا يخضع فيه قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقص. ولهذا قضى بأن مجرد إعطاء سندات تحت الإذن أو تحويلات بدفع الدين لا يمكن اعتباره استبدالاً للدين بآخر.

المدنى من أن التضامن لا يفترض وجوده بل يجب أن يقع عليه الاتفاق الصريح^(١).
 ٩٣ — وكان جمهور قضاة هذا العهد^(٢) يؤيدون محكمة النقض فيما ذهبت إليه من الإقرار بسلطة قاضى الموضوع التامة في تفسير العقود والاتفاقات . وكان من حججهم أنه إذا كان من وظائف محكمة النقض أن تتولى رقابة تفسير النصوص القانونية التى تتناول بعمومها وإطلاقها مختلف الوقائع والحوادث المتميزة بعضها عن بعض ، فليس من وظائفها التدخل في تفسير العقود والاتفاقات المختلفة . ذلك لأن كل عقد منها لا يهتم معناه إلا عقده ، وإذا افتقرت ألفاظه وعباراته إلى تفسير فليست تعتقر إلى تفسير لغوى أو منطقي يحدد معانيها حسب ، بل كثيراً ما لا ينكشف غامضها إلا بالرجوع إلى مقصود العقادين ، وكثيراً ما يرجع القاضى في فهم هذا المقصود إلى ظروف أحوال متعددة تكون قد سبقت العقد أو اقترنت به ؛ وبالجملة لا مناص للقاضى في تفسير عقد من العقود من الرجوع إلى ظروفه الواقعية ومقارنته بشروطه بعضها ببعض ومقابلته بأقوال الخصوم ومزاعمهم في موضوع النزاع ، ولا يمكن اعتبار نشاط القاضى في مثل ذلك اجتهاداً في القانون . ولم يخرج على هذا الإجماع فيمن نعرف إلا كاريه^(٣) إذ قال : إن الشرط الوارد بالعقد والختلف على تفسيره إما أن يكون ظاهر المعنى وإما أن يكون غامضه ، فإن كان الأول فقد حق القول بوجوب نقض الحكم لخالفته قانون المقدم ونص المادة ١١٣٤ ، وإن كان الثانى وقام القاضى بتفسير الغامض فإنه لا يكون لمحكمة

(١) مارتى ص ٣٠٣ وهامش ٢ و ٣ ون . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٥ (د ٩٦١ — ١ — ٣٨٧) و ٤ أغسطس سنة ١٨٩٦ (س ٩٠٠ — ١ — ٢١٩) و ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ (د ٩٠٨ — ١ — ١٤٠) و ١١ يونه سنة ١٩١٢ (س ٩١٤ — ١ — ٢١٥) و ع . ف ١١ يونه سنة ١٩١٢ (د ٩١٤ — ١ — ٢٨٠ وتطبق (W. P. Mazaud) وحكم ٦ أبريل سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٧ — ١ — ٢٠١ وتطبق مازود (Mazeaud) .
 (٢) بونس في مؤلفه : نظرية المرافعات المدنية *Bonconne, théorie de la procédure civile* (س ٤٩٧) وبونس في مؤلفه في الأحكام *Poncet-Traité des Jugements* (ج ٢ ص ٢٩٧)
 (٣) كاريه في مؤلفه قوانين الاختصاص *Les lois de compétence* (ج ٣ ص ١٣٠)

النقض أية رقابة عليه في تفسيره، لأن مثل هذا التفسير يجب تركه له ورأيه فيه يجب أن يكون نهائياً .

٩٤ - **العبر الثالث :** وقد بقيت محكمة النقض حتى منتصف القرن التاسع عشر تقضى بأن لارقابة لها على تقدير جوهر العقود العادية وطبيعتها^(١) ، وبأن مخالفة الحكم لنص المادة ١١٣٤ لا تصلح وجهاً للطعن بطريق النقض^(٢) ، وبأن التفسير المطابق لمقصود الماقرين سواء اعتمد فيه على ألفاظ العقد وعباراته أو على ظروف خارجة عنه ، لا رقابة لها عليه^(٣) و^(٤) . ثم تراجعت نحو مذهبها

(١) و (٢) Les tribunaux apprécient souverainement la nature et les caractères des contrats ordinaires. (ن . ف . ٩ يونيو سنة ١٨١٣ (سيريه) و . ع . ف . ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٣١ (س ٣٧ - ١ - ٢٦) .

(٣) ١٢ أغسطس سنة ١٨٢٩ (سيريه) و ٣ يولي سنة ١٨٣٦ (س ٣٦ - ١ - ٦٠٠) .

(٤) وقد قلنا في المتن « العقود العادية » لأن محكمة النقض كانت تستثنى عقود المصلح والزواج والوصايا المحرمة بمقتضى نص المادة ٨٩٦ من القانون المدني ، وتحرص في هذا العهد على الأخذ بمحفظها في رقابة تفسير هذه العقود الخاصة (وسرى فيما بعد أنها هي الرقابة على المسخ التي جرى القضاء بتبسيمها منذ سنة ١٨٧٠ ، راجع مارتى ص ٢٠٤) ، فالدائرة المدنية حين لاحظت من قديم أن المادة ٢٠٥٢ مدني تحظر عقد المصلح بمثابة حكم انتهائي حاز قوة الشيء المحكوم به ، لم تترك تفسيره لقاضي الموضوع أسوة بالعقود الأخرى (مارتى هامش ٣ وبه الأحكام الصادرة من سنة ١٨١٥ إلى حكم ١٩ نوفمبر سنة ١٨٥١ المنشور في د ٥١ - ١ - ٣٢١) ، أما دائرة الرائض فقد كانت لا ترى فرقاً بين المصلح والعقود الأخرى ، وكثيراً ما قالت في أحكامها إنه إذا كانت المادة ٢٠٥٢ تحظر المصلح الحاسم للتراث كالحكم الحائز قوة الشيء المحكوم به فلقاضي الموضوع السلطة التامة في تفسير شروطه وتحديد حجته ، انظر ع . ف ١٢ أبريل سنة ١٨٣٧ (س ٣٧ - ١ - ١٠٠٧) والصلقي عليه

ولما عدلت الدائرة المدنية رأيها واعترفت باطالة قاضي الموضوع في تفسير شروط المصلح المشكوك في صحتها *dont le sens serait douteux* وأخذت تقضى أحكامها إذا مسخ الشروط الظاهرة أو الصريحة *claires, expresses et positives* تاجتها في ذلك دائرة الرائض ، وهكذا انتفت الدائرتان على تسوية عقود المصلح بالعقود الأخرى (فان حكم الدائرة المدنية في ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٢ (س ٩٢ - ١ - ٣١٣) و (٩٢ د - ١ - ١٥٠) وحكم دائرة الرائض في ٢٣ مارس سنة ١٨٩٢ (س ٩٧ - ١ - ٣٠٨) و (٩٧ د - ١ - ٢٥٦) ، وضاراً تفرغان بأنه إذا كان المصالح حتى تفسير المصلح أو أي عقد آخر ، فليس لها أن تحرف معنى شروطه الظاهرة أو الصريحة بحجة غيبها ولا كانت أحكامها واجبة الفصل .

القديم وأخذت تنقض بعض الأحكام لخالفها قانون العقد ونص المادة ١١٣٤ ، في الأحوال التي يفلو فيها قاضي الموضوع في تفسير العقد فيخرج به عن طبيعته وجوهره ويقضى فيها بما لا يتفق مع هذا الجوهر . ولعل الحكم الذي أصدرته دائرة المرائض في ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٥ برفض الطعن المبني على مخالفة قانون العقد ، والحكم الذي أصدرته الدائرة المدنية في ٢٠ يناير سنة ١٨٦٨ بنقض الحكم المطعون فيه ، هما الحكمان اللذان يمكن اعتبارهما نهاية العهد الثاني وبداية العهد الثالث .

وتتلخص قاعدة الحكم الأول في أن سلطة قاضي الموضوع — في تفسير العقود والاتفاقات على حسب نية المتعاقدين — تمتد إلى تصحيح ما يترأى له من التجوز والغلط في تحرير العقود بما يجعلها مطابقة لنية المتعاقدين ، وذلك إعمالاً للعقد وإنتاجاً لآثاره وأحكامه . وهو إذ يفعل ذلك لا يعتبر أنه خالف القانون ولو كان مخطئاً في واقع الأمر ، ولا يعتبر أنه قد خالف قانون العقد إلا إذا كان ،

== وكذلك كانت محكمة النقض — في الوصايا المخالفة لنص المادة ٨٩٦ — فقد اعترفت في حكمها الذي أصدرته دائرة المرائض في ٥ يناير سنة ١٨٠٧ (س ٨٠٧ — ١ — ٣) بسلطة قاضي الموضوع في تفسير الغامض والمجهل من شروط هذه الوصايا ولم تسمح له بالخروج عن معنى شروطها الصريحة أو الظاهرة (المخالفة لنص المادة ٨٩٦ مدني) وكثيراً ما قضت أحكاماً تأول فيها قاضي الموضوع شرطاً صريحاً ظاهراً كان يستوجب بطلان التبرع (ن . ف ٢٢ يولييه سنة ١٨١٢ (س ٨١٢ — ١ — ٢٤) ون . ف ٢٤ مارس سنة ١٨٢٩ (س ٨٢٩ — ١ — ٢٩٣) وه ديسمبر سنة ١٨٦٥ (س ١٨٦٦ — ١ — ٧٢) ، وريبر توار دالوز تحت كلمة Substitution فقرة ٢٠٣) وكثيراً ما رفضت طعوناً وقررت في أحكامها أنه لما كان لمحكمة النقض أن تراقب قاضي الموضوع في تقدير عبارات الصرف لمعرفة ما إذا كان الصرف يثنى تبرعاً محرماً أو لا يثنى ، فإنها تحرص على ألا تتدخل في نظر ما يثنيه قاضي الموضوع من وقائع الدعوى لرفع اللبس عن بعض شروط الصرف للتحقق من نية المتصرف وتفسير العقد على مقتضى هذه النية ، وذلك مادام ما يستخلصه قاضي الموضوع من ذلك لا يتناقض مع عبارات الصرف وشروطه (ن . ف ٣ مايو سنة ١٨٦٩ (س ١٨٦٩ — ١ — ٢٥٤) ومارس ٣٠ و ٣٠٧ و ٣٠٨ وهامشها وهامش رقم ١ بهذه الصحيفة الأخيرة وفيه نص القاعدة التي اعتادت محكمة النقض وضعها في أحكامها) .

بعد أن أثبت نصه وحدد معناه ، قد انصرف عن الأخذ بأحكامه مستبدلاً به عقداً آخر لم يقع عليه الاتفاق من قبل ^(١) .

وتتلخص قاعدة الحكم الثاني ^(٢) في أن قاضي الموضوع إذا كان هو وحده

(١) ع . ف ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٥ (س ١٦٦ — ١ — ٢٣ والتعليق ، واقرأ فيه مرافعة الأفوكاتو العمومي بول فابر) وتتلخص القضية في أن أرضاً يبلد الجزائر يمت بآيراد مؤبد سنوي قدره ٢٢٠ فرنكا ، وجاء في عقد البيع أن مساحتها تبلغ ١٨٠ زوجاً من الثيران (وهي وحدة اصطلاح على مساح الأرض بها أي ١٥٠٠ هيكتار إلى ١٦٠٠) وأنه إذا تبين أن مساحتها الحقيقية تنقص عن هذا القدر يكون للمشتري تنقيص الربب السنوي بنسبة ٩ فرنكات عن كل زوج من الثيران . ولما ادعى المشتري عجز البيع وأن هذا العجز يبلغ نحو المائة من أزواج الثيران ، لاحظت محكمة الموضوع من ناحية أنها إذا أخذت بما جاء بالقدر خاصاً بمساحة لأرض أقطع شرط دفع المرب لأن ما يجب تنقيصه منه يستفد الربب كله ويصبح المشتري وقد تملك الأرض بلا ثمن ، ولاحظت من ناحية أخرى أنها إذا أخذت بفحوى ما جاء به من أن للمشتري تنقيص الربب على نسبة تسعة فرنكات لكل زوج من الثيران ، انكشف لها أن مساحة الأرض الملوحة بين المتعاقدين هي ثمانون زوجاً فقط (لأن قدر المرب هو حاصل ضرب ٩ × ٨٠) فلبت هذا النظر ورجحت أن المتعاقدين قد تناقدا على بيع أرض تبلغ مساحتها ثمانين زوجاً من الثيران لا ١٨٠ زوجاً فأصلحت هذا الخطأ تنفيذاً لأحكام القدر ورفضت الدعوى . طعن في هذا الحكم وبنى الطعن على مخالفته لنس المادة ١١٣٤ مدني فطلب الأفوكاتو العمومي بول فابر رفض الطعن ، ومما قاله : « إنه يشترط لقبول الطعن المبني على مخالفة الحكم لنس هذه المادة أن تكون محكمة الموضوع بعد إذ تبين لها مقصود المتعاقدين قد قررت أنها مع ذلك ترى وجوب مخالفة لبعده عن العدل والإنصاف ، كأن ترى مثلاً مبالغة فاحشة في جزاء تموضي مشروط أو في تقدير ما كفاه القدر من المنافع ، فتخالف حكم القدر مراعاة لأصول العدل والإنصاف ، إذ يمكن القول عندئذ بأن القاضي قد استبدل بإرادته لإرادة المتعاقدين وبالعقد عقداً آخر . ثم قال : أما إذا اقتصرمت المحكمة على البحث عن نية المتعاقدين وقضت في الدعوى على موجب هذه النية ، فإن حكمها لا يصح الطعن فيه أمام محكمة النقض لمخالفته لنس المادة ١١٣٤ . وقد استتمت محكمة النقض لحججه وأوردتها في حكمها الصادر برفض الطعن .

(٢) ن . ف ٢٠ يناير سنة ١٨٦٨ (س ٦٨ — ١ — ١٠٠) ، وملخص القضية أن سيدة أوصت لأختها بمبلغ من النقود يدفع لها بعد وفاتها وزوجها إذا بقي حياً بعد وفاتها ، وجعلت زوجها وارثاً المأمومى التركة ، وأجازت له أن يضع يده منذ وفاتها على جميع ما تتركه من عقار ومنقول وأن يتصف به على أن يقوم لأختها بما أوصت به . ولما توفيت وتبين لأختها أنها لم تترك عقاراً ، قيدت رهنها القانوني المحل لها الحق فيه بمقتضى نس المادة ١٠١٧ من القانون المدني على عقارات الزوج ، فطلب الزوج شطب هذا القيد ، غشكت محكمة الاستئناف برفض دعواه معتمدة في ذلك على أن العلاقات الزوجية وغيرها من ظروف الدعوى قد دلت على أن الموصية لم تعصد الايصاء لأختها بمبلغ من النقود ، وإنما قصدت الايصاء برأس مالها في الأموال الجاهزية ، وقد جعل القانون للزوجة ولن يخلقها رهناً على مال الزوج تأمناً ==

المختص بتفسير عقود الوصية على مقتضى نية الموصي ، فإن سلطته في تفسيرها لا تمتد إلى إبدال شرط مكتوب — نصه ظاهر وحكمه واضح — بشرط آخر غير مكتوب يختلف حكمه عن حكم الشرط الذي أبدل به ، ففي هذه الحالة يحق لمحكمة النقض أن تراقبه في تفسيره هذا الذي مسخ به العقد متغافلاً عن حكم شرطه الصريح الواجب الأخذ به .

ثم أخذت دائرة العرائض والدائرة المدنية نصان — في الأحكام التي تصدرانها برفض الطعون — على أنها كما تتولى قض الأحكام التي تمتنع عن تطبيق قانون العقد ستراقب وتنقض الأحكام التي تحرف شروط العقد وتمسحها بحجة تفسيرها^(١) . وقد استقر قضاء محكمة النقض على مراقبة المسخ في العقود

— لوفه ما يؤول لزوجه من الأموال الجاهزية (المادة ٢١٣٥) . ملن في هذا الحكم بمغالته لئس المادتين ٢١١٥، ٢١٣٥ من القانون المدني فقضته محكمة النقض بحكم قيم أعادت في أسبابه نص الوصية ، ثم قالت إنه ليس في الوصية ما يلزم الزوج بأن يقدم للموصي لها رهناً أو كفلاً يضمن لها الوفاء بالوصية وليس في القانون ما يلزم الزوج إذا أقيم وصياً على تركه زوجته بتقديم مثل هذا الرهن للموصي لها ، وإن محكمة الاستئناف قد تأولت بنصوص الوصية الصريحة لترتب للموصي لها الحق في هذا الرهن ، ثم قالت : وإذا كان تفسير الوصية هو مما يختص به قاضي الموضوع وحده ، فسلطته في هذا التفسير لا تمتد إلى أن يكون له حق تغيير الوصية وإنشاء وصية أخرى بالاتفاق عن شرط صريح بين حكمه بشرط آخر (له حكم آخر ونتائج أخرى) واشتهت من ذلك إلى اعتبار الحكم الطعون فيه قد خالف وأخطأ في تطبيق المادتين ٢١١٥ ، ٢١٣٥ من القانون المدني .

(١) ع . ف ١٨ يولييه سنة ١٨٧١ (د ٧١ — ١ — ٢٨٣) ع . ف ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧١ (د ٧٢ — ١ — ١٨٧) ع . ف ٢٨ مايو سنة ١٨٧٣ (د ٧٣ — ١ — ٤١٦) ع . ف ١٣ نوفمبر سنة ١٨٧٦ (د ٧٨ — ١ — ٦) ، وقرأ فيه تقرير المستشار (Almérás Latour) الذي بين فيه متى يقال في مذهبه إن الحكم قد مسخ جوهره العقد ، والظاهر أنه يحجر المسخ من قبيل الخطأ في التكيف لا من قبيل التوسع في التفسير إذ قاله : *Dénaturer un acte, un contrat, ce n'est pas lui donner un sens que mieux examiné il ne doit pas avoir; ce n'est pas attribuer aux parties une intention que les documents du procès tendent à exclure; c'est changer la nature, l'essence même du contrat, c'est lui donner un caractère fondamental qui ni lui appartient pas, c'est le méconnaître dans ses apports avec la loi. Ce n'est qu'à ce point de vue élevé qu'il nous est permis de réviser les décisions des tribunaux et nous ne craignons pas de dire que pour tout ce qui*

منذ سنة ١٨٨٥ أو حولها^(١).

أما الدائرة الجنائية فقد كان تراجعها نحو هذا الرأي بطيئاً ولم يظهر أخذها به واضحاً إلا منذ حكمها الذي أصدرته في ١٦ فبراير سنة ١٨٨٤ حيث قالت : لا يمكن اعتبار قاضى الموضوع قد خالف نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى إلا إذا كان — بعد أن أثبت وجود العقد — قد انصرف عن الأخذ به لعله ما واستبدل به عقداً آخر غير الذى قرر هو وقوع الاتفاق عليه ، أو كان بعد التقرير بثبوته قد كيفه تكييفاً آخر غير الذى ينبغى تكييفه به قانوناً . أما إذا لم يكن من قاضى الموضوع إلا أنه فسر العقد على مقتضى مقصود الماقددين فإن حكمه على موجب هذا التفسير لا يخضع لرقابة محكمة النقض^(٢).

والذى يمكن القطع به — على ما يقوله مارتى بعد أن راجع نحو أرجاءه — حكم أصدرتها محكمة النقض فى الأربعين سنة الأخيرة (التي انتهت بسنة ١٩٢٩) — أن سلطة قاضى الموضوع فى تفسير العقود والحجرات لم تصبح الآن مطلقة غير خاضعة لرقابة محكمة النقض ، بل قد ثبت قضاء هذه المحكمة على تقض كل حكم يمسح فيه قاضى الموضوع شروط أى عقد ، أو أية وصية ، بطله افتقار أيهما إلى تفسير

== touche le fait d'intention, les juges du fond sont investis d'un pouvoir qui n'admet pas de restrictions, même au cas d'erreur évidente. Si la cour de cassation en effet s'engageait sur cette pente où serait la mesure où se trouverait le point d'arrêt ?

- (١) أحكام دائرة العرائض منها : ١٥ يولييه سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ١٣٢) ، ٦ نوفمبر سنة ١٨٧٨ (س ١٨٨٠ — ١ — ١٧٦) ٢١ فبراير سنة ١٨٨٣ (س ٨٤ — ١ — ٣٩١ وتطبيق لايه) وأحكام الدائرة المدنية ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨٦ (س ٨٧ — ١ — ٤٢٥) و ٢٩ فبراير سنة ١٨٨٨ (س ٨٩ — ١ — ١٥٠) و ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٨ (س ٨٩ — ١ — ١١٩) و ٢١ يناير سنة ١٨٩٠ (د ١٨٩٠ — ١ — ٨٣) و ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ — ١ — ٨٥) عن مارتى ص ٣١١ هامش ٣ (٢) ن. ف. ج. ١٦ فبراير سنة ١٨٨٤ (س ١٨٨٥ — ١ — ١٨٨) ون. ف. ج. ١٥ مارس سنة ١٩١٤ (د ١٩١٤ — ١ — ٩٧ القضية الثانية) عن مارتى ص ٣١١ هامش ٤ و ٥ .

يكشف عن غامضه وعن مقصود الماقرين فيه ^(١).

٩٥ — تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية في تفسير العقود : وأنت

إذا أنضمت النظر في تقارير الطعون التي كانت تقدم لمحكمة النقض الفرنسية وفي الأحكام التي أصدرتها برفضها لا يسهل عليك أن تعرف بالضبط متى كان يصح اعتبار الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة قانون العقد أو على الخطأ في تفسيره أو تطبيقه. ذلك لأن الطاعنين كانوا يضعون تحت حالة الطعن بمخالفة القانون كل طعن يقرعون به أبواب محكمة النقض لإيجاب احترام نصوص العقود والأخذ بها بين عاقدتها. فلما رأوا أنها كانت ترفض الطعون المبنية على مخالفة قانون العقد وتأتي أن تعطى العقد حكم القانون، انطلقوا يبنون طعونهم على مخالفة الأحكام لقاعدة التفسير المبينة بالمادة ١١٣٤ من القانون المدني؛ فلما رأوها لا تأبه للاستناد إلى هذه المادة ولا إلى أخواتها من مواد القانون المتضمنة لبعض قواعد التفسير، وتصرح بأن هذه القواعد لم يخرجها القانون مخرج أحكامه التكاليفية الواجبة الاتباع وأنها هي لا ترى فيها إلا مجرد إرشادات يجوز أن يغاب عليها ما يعتقد

(١) ثم ذكر مارتى في هامش ٢ و ٣ من ص ٣١٢ سلسلة من الأحكام التي راجعها واعتمد عليها، وخصوصاً الأحكام الصادرة من سنة ١٩٢٥ لغاية سنة ١٩٢٩، فما ذكره من أحكام النقض: ٢٤ يناير سنة ١٩٢٥ (س ١٩٢٥ — ١ — ١٤) وأول يولي سنة ١٩٢٦ (س ١٩٢٦ — ١ — ٢٨٦) وأول أغسطس سنة ١٩٢٧ (س ١٩٢٧ — ١ — ٣٧٣) و ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ (س ١٩٢٨ — ١ — ٦٠) و ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (جازيت دي باليه ١٩٢٩ — ١ — ٣٧٣).

ومن أحكام دائرة العرائض ٦ يناير سنة ١٩٢٥ (س ١٩٢٥ — ١ — ٢٠١) و ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ (س ١٩٢٦ — ١ — ١٥٦) و ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٧ (س ١٩٢٧ — ١ — ٣٣٦) و ٧ مايو سنة ١٩٢٨ (س ١٩٢٨ — ١ — ٤٣) و ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ (س ١٩٢٨ — ١ — ٤١) و ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ (دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ من ٢٠٤). ويمكن تكملة هذه السلسلة بأن يضاف إليها ن. ف ٢١ يولي سنة ١٩٣٠ (س ١٩٣٠ — ١ — ٣٦٥) ون. ف ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ (س ١٩٣٤ — ١ — ٣٦١) ون. ف ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (س ١٩٣٣ — ١ — ١٣) ون. ف ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ (جازيت دي باليه في ٨ و ٩ مارس ١٩٣١ وقد نشرته الجمعية الرسمية تعليقاً على حكم محكمتنا في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢، مج. س ٣٤ رقم ٨٥ من ١٨٣).

قاضى الموضوع أنه هو الذى انصقت عليه نية العاقدین أو نية الملزم منها^(١). لما رأوها كذلك ورأوا أنها تترك التفسير كله إلى قاضى الموضوع أخذوا يقيمون طعونهم على انحراف الأحكام عن جادة التفسير الصحيح ، ثم على المسخ فى شروط العقد ، فاضطروا محكمة النقض إلى إعادة البحث فيما كانت ارتأته من ترك التفسير كله إلى قاضى الموضوع يعمل فيه بلا رقابة منها عليه ، فقيده على نحو ما رأيت من إجماله .

٩٦ - نظرية التمييز بين الشروط الظاهرة والشروط الخفية : قد

لاحظت محكمة النقض أن من العقود والاتفاقات والحجرات ما يداخله اللبس والتمقيد والإيهام أو يشوب فيه الضعف والركاكة والخلل والغبو أو تكون عباراته مشوشة التأليف قلقة التراكيب فاسدة المباني ، فتفتقر إذ ذاك إلى تفسير يبين غامضها ويوضح مبهمها ويفصل مجملها ويقرب بعيدها ويكشف عن دقائق أغراض العاقدین وخفي مقاصدهم^(٢) ؛ كما لاحظت أن منها ما يكون شديد التهيج مطرد التنسيق سليما من التشويش والإيهام واللبس ، تواتيك معانيه على غير مؤونة ولا جهد فسر ولا إرهاق خاطر ، وبالجملة ما لا يكون مفتقراً إلى تفسير بل يكون

(١) فای فقرة ١٦٧ وتالون ص ٣٩ ، وهو رأى كوت دى سانتير ج ٥ فقرة ٧٦ و ٦٩ مكررة ودمولب ج ٢٥ فقرة ٣٦ وبودرى فى الاتزامات فقرة ٥٥٣ و ٥٧٣ وأوبرى وروج ٤ فى المسألة ٣٤٧ وجوسران ج ٢ فقرة ٢٤١ ولوران ج ١٦ فقرة ٥٠٠ وحكم ١٨ مارس سنة ١٨٠٧ (س ٨٠٧ - ١ - ٢٤٠) و ١٨ مارس سنة ١٨٣٧ و ١٨٣٨ المشار إليها فى ربرتوار دالوز تحت كلمة التزامات فقرة ٨٥٠ وحكم ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٨ (د ٦٨ - ١ - ٣٠٩) و ع . ف ١٦ فبراير سنة ١٨٩٢ (س ٩٣ - ١ - ٤٠٩) و (٩٢ - ١ - ٢٤٨) و ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ (د ٩١٨ - ١ - ٩) والسهنورى نظرية العقد فقرة ٨٢٧ .

(٢) وقد عقد جوجيه لهذه العيوب فصلا فى رسالته (من ص ٤٩ إلى ص ٥٥) ثم كتب بعده فصلا آخرين به كيف يفتقر العقد فى شروط انعقاده وصحته ونفاذه ، وفى أحكامه وآثاره ، إلى تفسير حسب مقصود العاقدین يوضح به مثلا مبهم الإيجاب أو القبول ، وهل وقع فى مظهر لإرادة العاقدین خطأ أو غش أو إكراه ، وما كان على التحقيق السبب الملجئ لقصد الوصية أو الهبة ... الخ ، وما نوع العقد وما حقيقته بحسب مقصود العاقدین (من ص ٥٥ إلى ص ٦٥)

تفسيره ضرباً من التحيل للخصوص من معناه الواضح وللتأول في مقصود العاقدین الظاهر الثيقين — لاحظت محكمة النقض ذلك ، فرأت من الصواب أن تفرق في الحكم بين شروط صريحة ينصرف قاضى الموضوع عن معناها الواضح وتبعثه على تأولها ورغبته في مخالفة قانون العقد لماطقة من عدل أو رحمة ، فتنقض حكمه لمجازفته في التفسير وتجاوزه الحد فيه ، وبين شروط أخر مغلقة ينبو عنها الفهم أو يحتاج القاضى فيها ريب أو تعترضه فيها شبهة فيقبل على تفسيرها فيفتح به أغلاق المعاني ويكشف عن غوامض المقاصد ، فتمسك هي عن مراقبته اعترافاً منها بسلطته التامة في هذا التفسير .

٩٧ — ولقد ظهرت بوادر هذا النظر فيما صرحت به محكمة النقض في بعض أحكامها الناقضة من أن « شروط العقد المتنازع فيها قد بلغت من الوضوح الغاية التي لا تقتدر بعدها إلى تفسير »^(١) ثم ازدادت الفكرة وضوحاً منذ سنة ١٨٧٠ فقد جاء في الحكم الصادر في ٢٢ يولييه سنة ١٨٧٢^(٢) ما ترجمته : « وحيث إنه من المبادئ المقررة أن لقاضى الموضوع السلطة التامة في تفسير الألفاظ وتحديد مقاصد العاقدین . وحيث إنه لا استثناء لهذه القاعدة ولا وجه لتدخل محكمة النقض في التفسير إلا إذا انصرفت المحاكم عن تفسير المحررات الغامضة إلى مسخ وتغيير جوهر المحررات الصريحة الظاهرة »^(٣) . ثم ثبت قضاء محكمة النقض على ذلك^(٤) .

(١) تالون ص ٤٤ وحكم ٥ جرمينال سنة ١٢ والأحكام الأخرى المنوّه عنها ببريتوار دالوز فقرة ٨٤٩ تحت كلمة التراتمات ، وقرأ من الأحكام الحديثة ن . ف ٥ مايو سنة ١٩٦٦ (س ١٩٢٦ — ١ — ١٨٠) ون . ف ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ (٩٨ — ١ — ٢٢٢) .

(٢) ٢٢ يولييه ١٨٧٢ (د ٧٣ — ١ — ١١١) و (س ٧٣ — ١ — ٢٩٩) .
(٣) يقال إن نظرية التفرقة بين الشروط الصريحة والشروط المغلقة هي نظرية قديمة يرجع عهدها إلى القانون الروماني ، وإن العلامة كاريه هو الذي بشها من مرقدتها في كتابه « قواعد النظام القضائي والاختصاص » ج ٢ ص ٧٨٠ وقد تقدمها الأستاذ بونس في كتابه « نظرية المرافعات » ج ١ ص ٥٠٣ (تالون ص ٤٢ و ٤٣) .

(٤) تالون ص ٤٦ وبهامش ١ سلسلة الأحكام من ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ (د ٧٢ — ١ — ١٧٦) إلى ٧ أبريل سنة ١٩١٤ (د ٩١٧ — ١ — ١٧٥) .

وبعد التسليم بأساس هذه التفرقة بقى أن يعرف ما الذى يفتقر حقاً إلى التفسير وما الذى لا يفتقر إليه ؟ وماهى درجة الوضوح التى يجب أن يبلغها الشرط حتى يعتبر الخوض فى تفسيره انصرافاً عنه وامتناعاً عن تطبيقه ؟

لا يميلن بك ما تقرأه من أسباب نقض الأحكام للوجزة إلى القول بأن مناط الافتقار إلى التفسير وعدم الافتقار إليه هو — فى نظر محكمة النقض — مجرد اختلاف الخصمين وعدم اختلافهما على المعنى المراد^(١) ، إذ ينسدر ألا يختلف الخصمان ولو اختلافًا اصطلاحياً فى معنى شرط يكون عليه المولى فى الفصل فى الدعوى ، بل ينسدر ألا تجرهما المحكمة إلى الخلاف فيه إذا عقدت نيتها على عدم الأخذ بظاهره . وظاهر أنه لو صح هذا النظر لما بقى لمحكمة النقض ما تراقبه ولا تفلق عليها الباب الذى تستفتح لمراقبة مخالفة القانون من طريق تفسير العقود . كذلك لا يغرنك ما يبدوك بعض أحكام آخر من أن المناط فى ذلك يجب أن يكون هو غموض الشرط فى ذاته أو وضوحه فى ذاته^(٢) . ذلك لأننا نستبعد أن يخفى على محكمة النقض أن ظهور معنى الشرط فى ذاته ووضوحه لا يقتضى القول بتحريم تفسيره على قاضى الموضوع بإطلاق ، إذ قد لا يكون هذا المعنى الظاهر هو الذى قصده الموصى أو الواهب أو العاقدان أو الملزم منهما^(٣) . وما دام لقاضى الموضوع الساطة التامة فى تفسير العقود حسبما يقتضيه مقصود العاقدين فمن القانون أن نسلم له

(١) مارتى ص ٣١٥ ون . ف ٥ مارس سنة ١٨٩٤ (٩٤ د — ١ — ٥٠٩) . وحكم أول أغسطس سنة ١٨٩٤ (س ٩٦ — ١ — ٣٥٧) وقد جاء فيها أن الطرفين كانا مختلفين على معنى الشرط فكان تفسيره متيناً على محكمة الموضوع .

(٢) مثل ن . ف ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ (٩٩ د — ١ — ٢٢٢) الذى جاء فيه : وحيث إن الشروط ظاهرة ومنضبطة ولا وجه لتأويلها .

(٣) إن وضوح الإرادة ذاتها غير وضوح التعبير عنها ، فالتعبير عن الإرادة قد يكون فى ذاته واضحاً ، ولكن الظروف تدل على أن العاقدين قد أساء استعمال هذا التعبير الواضح قصداً معنى وعبراً عنه بلفظ لا يفهم منه . فى هذه الحالة لا ينبغي أن يتجبد القاضى بالألفاظ التى استعملت مهما كان المعنى القنوى لهذه الألفاظ ، بل عليه أن يعدل عن المعنى الواضح الذى لم يقصده العاقدان إلى المعنى الواضح الذى قصده .

بحقه في العدول عن هذا المعنى الظاهر إلى ما يمتد هو أنه المطابق لهذا المقصود .
وإذن فلا مناص من أحد أمرين : إما أن يترك التفسير كله لقاضي الموضوع لأنه
في حاجة إلى معرفة ما إذا كان تحرير العقد على الوجه الذي حرره قد وقع
مطابقاً لمقصود العاقلين أو لم يقع كذلك ، وإلى معرفة ما إذا كان هذا المعنى
الظاهر المتبادر للفهم بطابق هذا المقصود أو لا يطابقه لاستجلاء ما عسى أن يكون
العاقدان قد ستره وراء هذا المعنى الظاهر ؛ وإما أن يكون لحكمة النقض الرقابة
على تفسير هذه الشروط الظاهرة المعنى أيضاً لتحقيق مما إذا كان ما اعتبره قاضي
الموضوع مقصود العاقلين هو مقصودهما حقاً أو غير مقصودهما ، وهذا فيه من
التدخل في نظر الموضوع ومسائله الواقعية ما لا يخفى

إذن لعل المناط في نظر محكمة النقض الفرنسية ليس هو كون الشرط ظاهر
المعنى فحسب ، بل كونه فوق ظهور معناه غير مخالف لمقصود العقد . وقد تجد هذا
المعنى واضحاً في بعض الأحكام المدنية الحديثة كحكم ١٥ أبريل سنة ١٩٢٦ ، وقد
جاء به : ان الحكم المطعون فيه كان على حق فيما ذكره من أن المعنى الظاهر
تعبارة الشرط الذي استند إليه لا يتفق مع المعنى المفهوم من العقد برمته ولا مع
مقصود العاقلين منه (١) .

والظاهر من أحكامها الجديدة أن رقابتها على التفسير قد انحصرت في قراءة
الشرط المدعى بأن محكمة الموضوع قد خالفته أو أخطأت في تطبيقه ، فإن رأت
بمجرد قراءته أنه ظاهر المعنى حقاً وأن قاضي الموضوع قد عدل عن هذا الظاهر
إلى معنى آخر ، بحثت في أسباب حكمه ، فإن رأت أنه قد بين لم عدل عن هذا
الظاهر ولم أخذ في الدعوى بغيره وأنه كانت له في ذلك اعتبارات معقولة
تسوغه ، رفضت الطعن ؛ أما إن رأت أنه لم يبين من ذلك شيئاً نقضت الحكم
وبنت حكمها على أن قاضي الموضوع قد مسخ شرطاً ظاهراً .

وإذن فهذه الرقابة التي تتولاها محكمة النقض الفرنسية على تفسير العقود والتي تؤسسها على نص المادة ١١٣٤ لا تملأ، عند النظر والتحليل، الرقابة على أسباب الأحكام من ناحية كفايتها وعدم كفايتها، لأن تسيب الحكم التسيب الكافي يرفع ما قد يبدو من التناقض بين معنى الشرط الذي أخذ به الحكم والمعنى الظاهر المتبادر للفهم^(١).

وقد جرت محكمة النقض الفرنسية على مذهبها المتقدم ذكره في التمييز بين الشروط الظاهرة والشروط الخفية وفي تحديد سلطة المحاكم القضائية في تفسير التصرفات الإدارية الفردية *les actes administratifs individuels* قضت بأنه لا يجب على تلك المحاكم القضاء بوقف الدعوى وإحالتها إلى الجهات الإدارية المختصة لتفسير نصوص تلك التصرفات إلا إذا كانت غامضة أو مبهمه^(٢).

وكذلك جرت عليه في رقابة تفسير عقود الهبة والوصية، حتى ولو استمار الموصى أو الواهب من القانون بعض الألفاظ التي استعمالها للدلالة على معان قانونية معروفة، كالإيصاء لأولاد الم الم الأشقاء^(٣) أو لغيرتهم^(٤) أو لعائلته^(٥) أو لعائلة زوجته^(٦)، وكالوصية بمنقولاته أو بماله المنقول^(٧)؛ فإن محكمة النقض إذ

(١) مارتى ص ٣١٨، ويقول في هامش هذه الصحيفة: إن الفكرة في هذا النظر هي أن تجاوز الحد في التفسير هو في الواقع امتناع متور عن الأخذ بحكم القيد *une interpretation abusive est un refus déguisé d'appliquer la convention*

(٢) حكم ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٢ (س ٩٢٢-١-٣١٠)، وحكم ٢٠ مارس سنة ١٩٢٥ (س ٩٢٥-١-١٦٣) وانظر مارتى ص ١١٠ هامش ٤ وص ٣١٦ هامش ٢ أما النصوص ذات الصبغة العامة التنظيمية *les dispositions à caractère général et réglementaires* فقد جرت محكمة النقض في شأنها على مراقبة السلطات الإدارية والتنفيذية وتقتض أحكامها البنية على مخالفتها أو على الخطأ في تأويلها.

(٣) و (٤) المادة ١٧٤ من القانون المدني الفرنسي، وحكم ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٥ (د ٩٦٥-١-٣١٦)، وحكم أول مارس سنة ١٨٩٧ (د ٩٧٥-١-١٩٩)، وانظر فاي ص ١٩٤ وهامش ١٠ ومارتى ص ٣١٩ وهامش ٦ و ٧.

(٥) حكم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٧-١-٢٢٣).

(٦) حكم ١٩ أكتوبر سنة ١٩٠٨ (س ٩٠٩-١-٤٢٧).

(٧) المادة ٥٣٣ التي فيها لفظ *meubles* والمادة ٥٣٤ التي جاء فيها لفظ *meubles* و *biens meubles, mobilier ou effets mobiliers*. التي جاءت فيها ألفاظ.

رأت أن لا مانع من أن يكون الموصى أو الواهب قد استعمل أسماء هذه الحقائق القانونية في غير ما وضعت له ، لم تر أن نازم قاضى الموضوع بالأخذ دائماً بمعاني هذه الألفاظ على الوجه المعروف في القانون ، بل أجازت له أن يأخذ فيها بالمعنى المطابق لفرض المتبرع يستخلصه من عبارات العقد بمجملته ومن جميع ظروف العقد المدونة فيه أو الخارجة عن تدوينه^(١) .

(١) راجع حكم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٧ - ١ - ٢٢٣ وتطبيق ٢١٠ وما فيها من المراجع) وانظر جوجيه في الفصل الذى عقده في رسالته لتفسير القانون وحببته (من ص ٢٦٥ إلى ٣٠٣) . ولقته الإسلامى اصطلاح آخر في تفسير الهبات والوصايا والأوقاف ، أساسه النسوية بين شرط العاقد المتبر ونس الشارع في المفهوم والدلالة ووجوب العمل به . ولما كان الفقه الإسلامى قد قسم في أصول الأحكام وجوه النظم صيغة ولغة إلى خاص وعام ومشترك ومؤول ، وقسم وجوه اليان بذلك النظم إلى ظاهر ونس ومفسر ومحكم ، وجعل في مقابلها الحق والشكل والمجمل والمتشابه ، وقسم وجوه استعمال ذلك النظم وجريانه في باب البيان إلى حقيقة ومجاز وصرح وكنائية ، وقسم وجوه الوقوف على المراد والمعاني إلى الاستدلال بالعبارة وبالإشارة وبالدلالة وبالأقتضاء ، ثم بين حد كل قسم من هذه الأقسام وحكمه في استنباط الأحكام الفرعية ، فقد جرى في تفسير الهبات والوصايا والأوقاف واستنباط أحكامها كما جرى في تفسير النصوص الشرعية على مقتضى تلك الأصول المتقدمة الذكر ، فأصبح غرض العاقد من كلامه عديم هو معناه الذى يفهم منه ، فإن قصد إلى معنى يحتمله الكلام أو معنى مجازى قبل منه إن كان يصح الحمل عليه مع عدم مخالفة الظاهر بشرط أن يساعد عليه اللفظ . وبهذا أصبح لبعض الألفاظ المتداولة كالألفاظ «النصيب» ، و«أهل الوقف» ، و«الموقوف عليهم» ، و«درجة الاستحقاق» ، و«طبقة المستحقين» ، و«الطبقة الجمالية» معنى معروفاً مقررأ يختلف باختلاف المذاهب الفقهية في الأصول . فصار لفظ النصيب يطلق عند الحنفية على المستحق بالفعل ولا يشمل ما هو برضىة الاستحقاق ، ومن ثم كان قول الواقف : «من مات عن ولد انتقل نصيبه إليه» ، فإن لم يكن له ولد فلاخوته إلى آخر الشرط «محمولاً» عديم على ما بعد الاستحقاق بالفعل . وكذلك صار لفظ «أهل الوقف» ولفظ «الموقوف عليهم» يتناول كل منهما عند الحنفية الذين أدخلهم الواقف في وقفه وفي ترتيبه ، سواء أوصل إليهم الاستحقاق بالفعل أم لا ، بل كانوا برضىة أن يؤول إليهم الاستحقاق ولو لم يستحقوا شيئاً مطلقاً لا بالترتيب الأسمى ولا بصرط من الشروط ، وصار كل لفظ منهما يساوى لفظ : «ومن مات منهم» الذى يقع كثيراً في شروط الواقفين . أما الشافعية ففرق السبكي منهم بين لفظ «أهل الوقف» ولفظ «الموقوف عليهم» ، وجعل كل لفظ منهما يخالف لفظ «من مات منهم» ، لأن مرجع الضمير سواء كان مصرحاً به أو محذوفاً هو المذكور في كلام الواقف وفي ترتيبه أعم من أن يكون وجد أم لا ، استحق بالفعل أم لا ، عينه الواقف وسماه أم لا ، ولهذا أثنى السبكي بجرمان من مات أصله قبل الاستحقاق مطلقاً حتى يؤول الاستحقاق إلى طبقته . أما الإمام السيوطى فقد قال : إن هذه التفرقة اصطلاح قهى لا يعمل عليه كلام =

٩٨ - نظرية المنح والتعريف في تفسير العقود : ولما لاحظت محكمة

== الواقف الصريح في خلافها وسوى بين قول الواقف « ومن مات من أهل الوقف » وقوله « ومن مات منهم » . وكذلك أصبح لفظ « الطبقة » في اصطلاح الواقفين عند الحنفية بمعنى المرتبة الجلية التي جعلها الواقف ورب عليها الموقوف عليهم ، واقفت مرتبة النسب أم لا . ومن هنا كان اعتبار الميت موجوداً في الأوقاف والقسمه عليه مما نلجئ إليه الضرورة في كثير من أحوال الوقف ، من ذلك ما إذا تعرضت طبقة وآل الاستحقاق إلى الطبقة التالية ، وكان في الطبقة التالية أحياء وأموات لهم ذرية ، وكان شرط الواقف انتقال نصيب من مات إلى ولده وإن سفل ، وكان موت من مات من الطبقة التالية بعد أن استحق بهذا الشرط كما استحق ولده به أيضاً ، فإنهم تقضوا القسمه بإعراض آخر واحد من الطبقة المقرضة وقسموا الاستحقاق في الوقف قسمه متبدأة على أهل الطبقة التالية للفقرة أحياء وأمواتاً ، فإصاب الأحياء أخذوه وما أصاب الأموات أعطى إلى فروعههم ، مع أن الأموات ليسوا موجودين ولا هم من أهل الاستحقاق قطعاً عند قضى القسمه ، وإنما قدروا وجودهم وقسموا عليهم ليعطوا ما يصيبهم لفروعههم . وبهذا وأمثاله قد أصبح تفسير شروط الأوقاف لا يقوم به إلا من عرف تلك الأصول وطال حراة على تطبيقها .

والحكم الشرعية الآن في قضايا الأوقاف تفسر جميع الأوقاف كما تفسر النصوص الشرعية وتضع قواعد الحكم على صورة القواعد الكلية . من ذلك مثلاً أنها قد قررت أنه إذا جعل الواقف وقفه على جلة أشخاص ثم من بسدم على أولادهم وهكذا ولم ينس على انتقال من مات من الموقوف عليهم بعد الاستحقاق لولده فلا ينتقل نصيبه بعد الاستحقاق إلى ولده ، ما دام واحد من الموقوف عليهم معه موجوداً ، ويكون ما هو موقوف على هذا المتوفى منقطع الوسط مصرفه للفقراء (حكم المحكمة العليا في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٧ المنشور في متبجات الأحكام الشرعية للزرقاني ص ١٠٠ والأحكام الأخر المنشورة في ص ٧٠ ، ٧٢ ، ١١٠) ، وقررت في الحكم (المنسوخة خلاصته بص ١٢٢) أن كلمة « النصيب » في قول الواقف « انتقل نصيبه إلى آخر » يراد منها على الراجع النصيب الذي استحق بالفعل . وقررت في حكم آخر أن كلمة « أبوه » في قول الواقف « ومن مات منهم أجمعين قبل استحقاقه شيئاً من الوقف وترك ولداً استحق ولده ما كان يستحق أبوه لو كان حياً » ، يراد منها « الأصل » ويكون المعنى « ما كان أصله يستحقه لو كان حياً » (ص ١٦٥) . وقررت في حكم آخر أن لفظ « الذرية » عام يشمل جميع الطبقات ، وهو كالنسل يشمل كل ولد للواقف وكل ولد يموت له لصلبه وكل ولد يولد لولده . وإليك خلاصة حكم آخر (ص ١٩٢) : إذا أنشأ الواقف وقفه على نفسه ، ثم من بعده على من عينهم بكتاب وقفه ، ثم قال : « فإذا تعرض الموقوف عليهم يكون نصيبهم مصرفاً لحضرات السادة العلماء المدرسين من المالكية برواق الصمادية ، إلى أن قال : وما يتبقى من بعد صرف الخيرات السابق ذكرها ومعلوم الناظر يشتري بقيته خبز وقرقر على حضرات العلماء المدرسين من المالكية والطلبة المنقطعين من المالكية بالجامع الأزهر الخ » كان هذا قاضياً بالتعميم والشمول لكل عالم مالكي ، سواء أكان من رواق الصمادية أم غيرهم ، ولا يمكن صرف معنى كلمة العلماء إلى من عينهم من قبل ، لأن عطف الطلبة والمنقطعين عليهم دليل على أنه أراد أخيراً التعميم ولم يرد التخصيص بالعلماء الصمادية . ==

النقض أن لا أحد للتأويل^(١) فيما خفى معناه من شروط العقد وأحكامه وعباراته ، وأن الظاهر إذا احتمل تأويلاً فله تأويله هو اعتبار احتمال يعضده داليل يصير به هذا الاحتمال أغلب على الظن من المعنى الذى دل عليه الظاهر ، رأت أن تمد سلطة قاضى الموضوع فى التفسير والتأويل بهذا الحد وأن تبسط رقابتها على أحكامه إذا هو تجاوزه إلى المسخ والتحريف .

ولقد اهتمت محكمة النقض الفرنسية منذ فجر القرن التاسع عشر إلى اعتبار مسخ العقود وتحريفها عن مواضعها مخالفة لقانون العقد وامتناعاً عن تطبيقه تستوجب نقض الحكم ، ولهذا ظهر الطعن فى الأحكام بمسخ العقود وتحريفها قبل ظهور الطعن بالخطأ فى تفسير الشروط الظاهرة فسبقت نظرية مسخ العقود فى الوجود نظرية التمييز بين الشروط الظاهرة والباطنة . ثم كثر بناء الطعون على المسخ والتحريف ، وكان من أسباب كثرتها منذ سنة ١٨٧٠ ما انتشر من عقود الإذعان Contrats d'adhésion وما نزل بالناس من نوازل وأزمات أعجزتهم

ويقول الأستاذ السهورى : ولو أن القاعدة فى الشريعة الإسلامية أن العبرة بالمعنى ، أى بالارادة الحقيقية للمتقدين ، إلا أن الفقهاء فى كثير من الفروض يقفون عند المعانى الظاهرة من الألفاظ التى استعملها العاقدان فلا يصدونها إلى المعانى الكلمية فى السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض الببارات والألفاظ ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تضمنته هذه الببارات من المعانى . . . فليس هنا فى رأينا استساكا باللفظ بل هو تغليب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة (كتاب العقود ص ١٨٢) .

وقد جاء فى الذكرة القيمة التى قدمها قضاة محكمة مصر الشرعية لوزارة الحفانية التماساً لاصلاح علل الوقف ومساكنه : « ان الببارات التى توضع فى الوقفيات بغير رقابة على ألفاظها ، ومع أن أكثر الواقفين لا يعرفون تحليل الألفاظ ولا وجه الاختلاف بين الببارات ، تعتبر كنس الشارع من لغة التنزيل ، تطبق عليها أحكام الحقيقة والحجاز والمطلق والقييد والمحكم والتمشيه ، ولم اشتدت خصومات فى تفسير وشروط وبيان المراد من عبارات ، ولم ضاعت مصالح وقضى على أناس من أجل حرف وضع ما نطق به الواقف ولا أدرك ما يترتب عليه (مجلة كلية الحقوق العدد الثالث سنة ٧ ص ١٩) .

(١) التفسير والتأويل واحد ، وقيل التفسير كشف المراد عن الشكل ، والتأويل رد أحد المختلين إلى ما يطابق الظاهر ؛ وقيل التفسير بيان لفظ لا يحتمل إلا وجهاً واحداً ، والتأويل توجيه لفظ يخرج إلى معان مختلفة إلى واحد منها بما ظهر عنده من الأدلة ، وقد ألقنا التفسير بالتأويل فى المتن .

عن وفاء ما التزموه وما كانوا عاجزين لولا تغير أحوال لم تكن لهم بحسبان ؛ وكذلك ما أخذت به المحاكم من تأويل العقود والمقاولات تأويلاً راعت فيه روح العدل والإنصاف فأطقت بقانون الماقدين ، ثم مارآه الناس من إقبال محكمة النقض على نقض هذه الأحكام وبناء قضاها على مخالفتها لنص المادة ١١٣٤ من القانون المدني^(١) . وكثيراً ما صرحت بأن سلطة قاضي الموضوع في التفسير والتأويل هي سلطة تامة مالم يتجاوز حدها إلى المسخ والتعريف^(٢) .

ولما لاحظت هذه المحكمة أن تجاوز قاضي الموضوع حدود التفسير لا يمكن كشفه إلا على ضوء ما يتبادر للفهم من ظاهر العقد ، جمعت بين الأخذ بنظرية المسخ والتعريف ونظرية التمييز بين الشروط الصريحة والشروط الغامضة في تحديد سلطة قاضي الموضوع في تفسير العقود وتأويلها ، وصارت تذكر في بعض أحكامها الحديثة مثلاً أنه إذا كان من خصائص قاضي الموضوع تفسير العقود والاتفاقات فليس له أن يحرفها عن معناها ويغير وجهتها ، بحجة تفسيرها ، متى كانت شروطها ظاهرة المعنى محدودة المبنى^(٣) .

٩٩ - بقي أن نعرف ما المراد من كلمة مسخ العقد *dénaturation* في

(١) مارتى ص ٣١٣ وبالمش رقم ١ سلسلة بعض الأحكام من سنة ١٨٦٨ إلى سنة ١٩٢٤ راجع مثلاً ن . ف ١٨ ديسمبر سنة ١٨٧٢ (س ٧٣ - ١ - ٨٣) ون . ف ١٠ مارس سنة ١٩١٩ (١٩٢٣ د - ١ - ٢٠٥) و ٦ يونيو سنة ١٩٢١ (س ٩٢١ - ١ - ١٩٣ وتطبق Hugueny) و ٢٨ يناير سنة ١٩٢٤ (س ٩٢٤ - ١ - ٣١١) (٢) تالون ص ٥١ و ٥٢ و . ع . ف ١٠ أبريل سنة ١٩٠٥ (د ٩٠٥ - ١ - ٢٦٤) ، و . ع . ف ٢ يناير سنة ١٩٠٧ (د ٩٠٧ - ١ - ٨٨) و ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ - ١ - ٤١٣) و ريرتوار دالوز فقرة ١٥٨٠ .

(٣) *Ils ne peuvent en dénaturer le sens et la portée quand les clauses sont claires et précises* . انظر ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٢ (د ٩٢ - ١ - ١٥٠) و اقرأ صيفاً آخر لهذه القاعدة في حكم ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ (د ٩٢ - ١ - ١٠٤) ، و ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ (د ٩٠١ - ١ - ٢٥١) ، وقد استشهد بهما تالون في ص ٥٣ ون ف ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ - ١ - ٨٥) ون . ف ٨ مارس سنة ١٩٢١ (س ٩٢٢ - ١ - ٧٠) وقد استشهد بهما مارتى في ص ٣١٥ هامش ٣ و ٢ و . ع . ف ١١ يولييه سنة ١٨٧٦ (د ٧٦ - ١ - ١٧٦) واستشهد به وبغيره في فقرة ١٦٩ مكررة .

نظر محكمة النقض ؟ لقد استعملت محكمة النقض الفرنسية لفظ المسخ في عدة معان : استعملته للتعبير عن معنى إعطاء العقد المقدم في الدعوى وصفاً غير وصفه القانوني الصحيح^(١) : فقد ثبت قاضي الدعوى عبارة العقد ويحصل منها معناها ولا يخطئ . لا في نقل نصها ولا في تناول معناها من هذا النص ، وإنما قد يصف العقد مع ذلك بغير وصفه ، كأن يقول مثلاً إنه عقد بيع وهو في واقع الأمر عقد إجارة ثم يعطيه أحكام البيع ويحكم في الدعوى على هذا الاعتبار . فإذا تبينت محكمة النقض هذا الخطأ — وظاهر أنه خطأ في التكييف — فإنها لا محالة تنقض الحكم ، وكثيراً ما تبني أحكامها في مثل هذه الصورة على ما استقر عليه قضاؤها من نقض الأحكام القائمة على مسخ العقد وعلى حقها في رقابة هذا المسخ . ولا تراها — نحن — في حاجة إلى الاستناد في هذه الرقابة إلى مثل هذه الحجة ، لأن تلك الأحكام إنما يعيبها في الواقع الخطأ في التكييف وهو وحده يقتضى النقض كما ستراه في الطلب الآتي .

كذلك استعملت محكمة النقض كلمة المسخ في التعبير عن عيب آخر يلاحظ ذات الحكم ، وذلك حين تخطئ محكمة الموضوع في فهم الواقع في العقد أو في المستندات المقدمة في الدعوى بأن لا تأبه لها أو تحرفها عن معانيها ثم تكيف هذا الفهم الخاطئ ، ثم توقع الحكم على مقتضى هذا التكييف فيسرى الخطأ إلى ذات الحكم . ومثاله أن تقول محكمة الموضوع إنها تستنتج من الأوراق والمستندات المقدمة في الدعوى أن طرفي الخصومة قد اتفقا على نقل ملكية المال الفلاني مقابل دفع ثمنه الفلاني ثم بينهما البيع والشراء . . . الخ ، في حين أن هذه المستندات لا تدل — في الواقع — إلا على مجرد شروع في البيع لم يتم بعد . مثل هذا المسخ هو الذي يعيننا لأنه هو الذي يقع في تفسير العقود والمحركات وسائر الأوراق التي يستند إليها ويحتج بها في الدعوى ، وهو الذي ابتدعت محكمة النقض الفرنسية

(١) مارتى ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ وفأى ص ١٩٠ وهامشها رقم ١

القول برقابته لتتمكن من الرقابة على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه .
وهذا المسخ يقع على صورتين : إما أن يكون قاضى الدعوى قد عفى في حكمه
بالتنويه عن المستند المدعى بمسحه وعفى بنقل ما جاء في هذا المستند من العبارات
الدالة على ثبوت واقعة من وقائع الدعوى أو على نفيها ، ثم تراه مع ذلك — عند
استخلاصه فهم الواقع في الدعوى — قد تغافل عن هذا المستند وعن ثبوت
تلك الواقعة أو نفيها وحكم في الدعوى بغير أن يبين لم تغافل وكيف اعتبر تلك
الواقعة منفية أو ثابتة مع شهادته هو بثبوتها أو نفيها . وفي هذه الصورة يكون
عيب الحكم أن أسبابه متناقضة وأنه قد نفى أو أثبت أمراً على خلاف الثابت
بمستند قد شهد القاضى بوجوده وبدلالته على ثبوت هذا الأمر أو نفيه .

والصورة الثانية أن يكون قاضى الموضوع قد اكتفى في سياق سرد وقائع
الدعوى ومستنداتها بالإشارة إلى مستند بعينه بغير أن ينقل عنه عبارته الدالة على
ثبوت واقعة من وقائع الدعوى أو نفيها ، ثم تراه عند تحصيل فهم الواقع في الدعوى
قد ادعى أن هذه الواقعة قد ثبتت أو انتفت بهذا المستند على خلاف الثابت به ،
ثم حكم في الدعوى على هذا الاعتبار . وفي هذه الصورة لا تجد في ظاهر الحكم
ذلك التناقض في الأسباب الذى رأيت في الصورة الأولى ، وإنما يواجهك التناقض
بين ما قررت المحكمة في حكمها بشأن ثبوت تلك الواقعة أو نفيها وبين ذلك الذى
ثبت في الواقع بهذا المستند من نفي هذه الواقعة أو ثبوتها .

ولهذه الصلة القريبة بين القول بالمسخ والقول بتناقض أسباب الحكم رأينا
محكمة النقض تقيم رقابتها على مسخ المحررات في التفسير والتأويل على أساس رقابة
أسباب الحكم المطعون فيه وكفاية تلك الأسباب وعدم كفايتها في تعضيد احتمال
للمحرر تجمله أغلب على الظن من المعنى الذى يدل عليه الظاهر من هذا المحرر .
ولهذا كانت طريقتها في هذه الرقابة أن تنظر في عبارات المحرر المدعى مسخه^(١)

(١) ويجب أن يكون هذا المحرر مقدماً لمحكمة النقض وأن يكون من قبل تحت نظر
المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

وما يتبادر من معناها لفهم بمجرد قراءتها ، فإن رأت أن محكمة الموضوع قد أعطتها معنى آخر غير ذلك للمعنى وأن ما احتواه حكمها من أسباب يجعل هذا المعنى محتلاً ومقبولاً قضت برفض الطعن ، أما إذا رأته غير مسبب ذلك التسيب الكافي نقضت الحكم و بنت حكمها على وقوع مسخ في محرر ظاهر المعنى ^(١) .

١٠٠ — وقد ابتدأت محكمة النقض برقابة المسخ والتحريف بتنقض الأحكام التي قررت فيها محكمة الموضوع ثبوت أمر أو نفيه على خلاف ما احتوته الأوراق الرسمية ، وكثيراً ما أشارت في أحكامها إلى المادتين ١٣١٧ ، ١٣١٩ من القانون المدني ونعت على الأحكام المطعون فيها تجاهلها حجية الأوراق الرسمية ^(٢) ، ثم أخذت تمد رقابتها هذه إلى كافة الأوراق والمستندات المقدمة في الدعوى عرفية أو رسمية ، وصارت تنقض كل حكم يثبت فيه قاضي الموضوع من التقريرات ما يتعارض مباشرة مع ما يكون ثابتاً بأي محرر أو أية ورقة من أوراق ملف الدعوى تكون المحكمة قد أشارت إليها وعولت عليها في الحكم المطعون فيه ، وذلك سواء أكان ذلك المحرر أو تلك الورقة متعلقة بالإجراءات كصحف الدعاوى والاستئناف والإنذارات أم غير متعلقة بهذه الإجراءات كالمحررات العرفية الأخرى ^(٣) .

- (١) مارتى ص ٢٩٥ و ص ٣١٨ ، وحكم ١٥ أبريل سنة ١٩٢٦ السابق الإشارة إليه
(٢) مارتى ص ٢٩٥ و ص ٢٩٦ ، وبالمجلس رقم ١ من هذه الصحيفة سلسلة الأحكام من ٣ بريريه سنة ٨ إلى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ (٩٠٤ د - ١ - ٤٢١) الصادر من محكمة النقض البلجيكية ، وفأى فقرة ١٨٤ ص ٢٠٣ وحامش ١٧ .
(٣) مارتى ص ٢٩٦ - ٢٩٧ و ص ٣٢٢ ، وحكم ن . ف ٧ ديسمبر سنة ١٨٣٥ (ص ٨٣٥ - ١ - ٨٩٧) في النقض لتعارض بين ما قرره الحكم المطعون فيه وما جاء بخطاب مقدم في الدعوى قد أشار الحكم إليه واستظهر بشئ عباراته و ع . ف ٢٧ يونيه سنة ١٩٣١ المشار إليه في روبرتوار والوزن فقرة ٦٤٤ تحت كلمة election (في تعارض الحكم مع المستندات المصعدة) و ع . ف ١٧ يونيه سنة ١٨٥٦ (٥٦ د - ١ - ٤٦٣) في تعارض الحكم مع محرر مترف ب بين الخصوم ، وحكم ٨ ديسمبر سنة ١٩١١ في مسخ محرر الخبير الذي اعتمدته المحكمة المطعون فيه (وقد استعمله ب فابرايت ص ٤٣٠ وحامش ١) وحكم ٥ مايو سنة ١٩١٥ في إلغاء الأخذ بأوراق الرافعات (ص ٩١٥ - ١ - ٦٥ وتطبيق ليون كان عليه) =

١٠١ — والآن وقد مررنا بك على المهود الثلاثة التي تدرج فيها القول بسلطة قاضى الموضوع فى تفسير العقود والاتفاقات وعلت كيف بسطت محكمة النقض فى عهدها الأخير رقابتها على التفسير وما نوع هذه الرقابة ومتى تكون ومتى لا تكون ، فلنمد بك إلى ما كنا قد أوقفنا الكلام عنده فى مستهل بحث « التفسير » فنقول : إن محكمة النقض الفرنسية تجرى الآن على التسليم مبدئياً بسلطة قاضى الموضوع التامة فى تفسير العقود والاتفاقات وسائر المحررات ما كان هذا التفسير على حسب نية العاقدین أو الملتزم منهما ، ثم على بسط نوع من الرقابة على تسبيب الأحكام أصبح يطلق عليه اسم « الرقابة على مسخ المحررات الظاهرة » ؛ وهذا النوع من الرقابة ينحصر فى مطالعة المقد أو الشرط المختلف على تفسيره والعلم بمعناه الذى يتبادر للفهم ، وفى مطالعة أسباب الحكم المطعون فيه لمعرفة ما إذا كان لعدول القاضى عن هذا المعنى إلى غيره اعتبارات كافية مقولة لتعزید الحمل عليه أو لم يكن ، بحيث إذا خلا الحكم من ذلك فإنها تنقضه لعدم قيامه على الأسباب الكافية التى يجب أن يشتمل عليها وإلا أبرمته .

١٠٢ — ولقد حذت محكمةنا حذو محكمة النقض الفرنسية فقالت فى حكمها

الصادر فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ : لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير الشروط على وفق الفرض الذى يظهر أن العاقدین قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة ، مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى . فله أن يقضى — اعتماداً على شروط عقد البيع ومفهوم مقصود العاقدین منه — بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء مطلقاً لحق ارتفاق الجار المرتفق بالهواء والنور والمطل^(١) .

١٠١ — وحكم ٢١ يناير سنة ١٩١٢ (س ٩١٢ — ١ — ٣١٢) فى حكم مسخ للذكرات المقدمة فى الدعوى ووجوب الأخذ بها فى التفسير الحق وكذلك حكم ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٥ (س ٩٠٦ — ١ — ١١٩) .

(١) حكم ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٦٢ ومع س ٣٤ —

وقالت في حكم آخر في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ « لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هي أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغة هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبار مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلاً لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانوناً أن يبنى عليها . وبناء على ذلك لا يصح — عند الاختلاف بين صيغة التنازل الصادر من شخص بشروط معينة وصيغة القبول الصادر من طرف آخر بلا قيد ولا شرط — أن تعتبر المحكمة هذا التنازل نهائياً من غير أن تبين في حكمها كيف تلاقي كل من الإيجاب والقبول بين الطرفين تلاقياً محققاً لفرض القانون ومؤدياً إلى انعقاد الالتزام ، إذ يكون الحكم الصادر باعتبار هذا التنازل نهائياً مبهماً إبهاماً يجعله كأنه غير مسبب ^(١) » .

وفي حكم آخر قالت : « لارقابة لمحكمة النقض في تفسير الاتفاقات والمحركات على مقتضى مقصود العاقدين ، ما دامت محكمة الموضوع لا تخرج في تفسيرها

== رقبه ٨٥ ص ١٨٢) وفي صيغة هذا الحكم الثقات إلى صيغة حكم لمحكمة النقض الفرنسية أصدرته في ١١ فبراير سنة ١٩٠٧ (٩٠٨ د - ١ - ٢٧٦) قالت فيه هذه المحكمة : إذا قضت محكمة الموضوع بأن مؤجر منزل للكنى لم ينقل لمستأجره حق تأجير الميطان الخارجية للصق الاعلانات ، متمسدة في ذلك على ما تبينه من غوى شروط عقد الإجارة ودل عليه مقصود العاقدين ، فإن قضاءها هذا يكون نهائياً لارقابة عليه لمحكمة النقض) — وقرأ حكمها في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ رقم ١٥٧ ص ٢٨٨ ومجلة القانون والاقتصاد ٣ رقم ٦ ص ٤) وحكم ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ ص ٥١٦ ملحق القانون والاقتصاد ٣ رقم ٧١ ص ٥٥) .

(١) حكم ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (المحاماة ص ١٢ رقم ٤٨١ ص ٩٦٤ وملحق القانون والاقتصاد ٣ رقم ٤٠ ص ٢٧)

عن حد حمل عبارات الاتفاق على ما يمكن أن تحتمله وما دامت تذكر في أحكامها ما يعضد هذا الحل من الاعتبارات المعقولة»^(١).

وفي حكم آخر قالت: «إن تفسير محكمة الموضوع لشروط عقد ما — متى كان تفسيراً تحتمله عبارة تلك الشروط وليس فيه تشويه لأصل العبارة — فإن محكمة النقض لا يكون لها تدخل فيه»^(٢).

وقالت في حكم آخر: «إن لقاضي الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدین قصداً أن يكون البيع منجزاً بشرط جزائي ولم يقصداً أن يكون بيعاً بعريون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ»^(٣).

وجاء لها في حكم آخر: «إذا تفت المحكمة في حكمها دعوى الضمان فنياً تاماً موضوعياً مفيداً أن المشتري تنازلوا فعلاً عن دعوى الضمان قبل البائع لهم، فذلك تقدير موضوعي في شأن من الشؤون التي تملكها محكمة الموضوع بلارقابة من محكمة النقض، ما دام هذا التقدير منتزعاً من وقائع ثابتة والعقل يقبله»^(٤).

وفي حكم آخر: «إذا فسرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع فيه بأنه عقد بيع للمنزل لا عقد بدل فيه — لما رأته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان، وأن ثمن الأطيان مع استنزاله من ثمن المنزل يكون الباقي الواجب دفعه تقدماً من ثمن المنزل مبلغاً كبيراً يزيد عن ثمن الأطيان، وأن العقد الذي يكون بهذه الكيفية التي يزيد فيها ما يدفع من الثمن تقدماً عما يدفع

(١) ١٣ مايو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١١٥ ومج س ٣٤ رقم ١٥٧ ص ٣٣١).

(٢) ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١٥ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨٨ ص ١٨٤).

(٣) ٥ يناير سنة ١٩٣٣ (المحاماة سنة ١٣ رقم ٤١٥ ص ٨٣٩ ومج س ٣٤ رقم ٦٥ ص ١٣٨).

(٤) ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٣ ص ٢٩٤ والمحاماة س ١٦ رقم ١١٦ ص ٢١٩).

منه عيناً هو عقد أقرب إلى البيع منه إلى البذل — فتفسير المحكمة هذا المتزع من الواقع بغير تشويه أو تكييفها لهذا الواقع أنه عقد بيع لا بديل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه ^(١) .

وفي آخر : « إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول من الثمن يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس بمعناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يحوله القانون له من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وبقاؤه من غير أى اشتراط في العقد بخصوصه ، فإن تفسيرها هذا الشرط لا يصح الطعن فيه بأنه مخالف للعقد الذى هو قانون المتعاقدين ، لأنه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه . ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكوراً فيه أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر في دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له حق تقاضى المتأخر مضموناً بما له من امتياز على العقار المبيع ^(٢) » .

وقالت في حكم آخر : « إن محكمة الموضوع إذ تحصل من ظروف الدعوى وملابساتها أن العقد ، الذى يفيد بصيغته البيع والشراء وقبض الثمن وتسليم المبيع . هو عقد سائر لتبرع مضاف إلى ما بعد الموت وتذكر القرائن التى استدلت بها على ذلك وتعتمد على دلالتها ، وتكون هذه الدلالة مقبولة عقلاً ، لا تعتبر إلا أنها قد حصلت فهم الواقع في الدعوى من دليل مقبول ينتجه عقلاً . وهى إذ تقوم بوظيفتها هذه لارعاية عليها لمحكمة النقض ^(٣) » .

(١) ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ (الحاماة س ١٦ رقم ٥٧ ص ١٢٨ والقانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٣) .

(٢) ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (الحاماة س ١٦ رقم ٢ ص ٢ ومج س ٣٦ رقم ١٨٧ ص ٤٤١) .

(٣) ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٨ والحاماة س ١٦ رقم ١٠٦ ص ٢٦٠) .

وقالت في حكم آخر بعد إيراد القاعدة كما أوردتها حكم ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ : « إذا جاء في عقد بيع حصة من منزل أن المشتري ينتفع بإيجارات حصته التي اشتراها وأن الإيجار الحالي لهذه الحصة هو كذا ، وأنه إذا لم يتيسر للمشتري قبض حقه بموجب عقود الإيجار يحق له أن يخصم الإيجار الذي يخصه من باقي ثمن المبيع ، واستدلّت بحكمة الموضوع بذلك على أن المراد هو جعل المشتري مستحقاً لثمرة الحصة المبينة مقدرة في السنة الأولى بما كانت هذه الحصة مؤجرة به أي بمبلغ كذا ومقدرة فيما بعد في السنوات التالية بما تؤجر به في واقع الأمر ، ثم دعت حكمها على هذا التفسير بما يؤيده باعتبارات معقولة كان الحكم بعيداً عن رقابة محكمة النقض » (١).

١٠٣ - آراء الفقهاء ونظر قضاء محكمة النقض : تلك خطة محكمة النقض الفرنسية - وقد تتبعنا محكمة النقض المصرية كما رأيت - في الرقابة على تفسير وتأويل العقود والمحركات والمستندات ، وهي خطة إن كانت قد حرصت فيها تلك المحكمة على الوفاء بمهد القانون من عدم التعرض إلى موضوعات الأحكام ، فإنها قد بلغت بها الغاية في رقابة هذه الأحكام رقابة غير مباشرة من طريق النظر في أسباب الأحكام من قبل عدم صحتها وعدم كفايتها وعدم تعارض تفريراتها المتعلقة بوقائع الدعوى للثابت بالأوراق والمستندات ، ولهذا لم تسلّم من اعتراض الفقهاء المتقدمين منهم والتأخرين .

رأى المتقدمين : قد رأى أولئك أن تقسيم المحركات ، من جهة افتقارها إلى التفسير وعدم افتقارها إليه ، إلى محركات ظاهرة ومحركات غامضة ، إنما هو تقسيم لا أساس له من نصوص القانون ولا من فقهه ، إذ بحسب الخصمين أن يختلفا على معنى محرر ليصبح تفسيره متعيناً وواجباً على محكمة الموضوع ، وإذا هي

(١) ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ (المحكمة س ١٥ ق ١ ص ٣٣٦ وبيج س ٣٦ رقم

اشتغلت به وحددت المعنى المراد منه فإنه لا يمكن أن يقال — حتى لو أخطأت — إنها قد خالفت نص المادة ١١٣٤ ، لأن هذه المادة — إذ توجب عليها التفسير على مقتضى مقصود الماعدين — تضطرها إلى تعرف هذا المقصود من ذات الحرر ومن جميع عناصر الدعوى وظروفها وملاساتها الخارجة عنه ، والنظر في ذلك كله موضوعي صرف لا دخل للقانون فيه . وإنما استحداث محكمة النقض تقسيم الحمرات إلى ظاهرة وغامضة ، واقتصارها على رقابة المسخ في تفسير الحمرات الظاهرة هو الذي يصح أن يقال فيه إنه مخالف لنص المادة ١١٣٤ ، لأن هذه المادة — بنصها على أن لمحكمة الموضوع أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر أن الماعدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها — تمنع من القول بأن من المشارطات ما يحرم مبدئياً الخوض في تفسيره لوضوح معناه وأن منها ما يصح تفسيره لغموضه . هذا إلى أن غموض معنى الحرر وظهوره هما أمران نسيان ، فقد يكون الحرر واضح المعنى عند قاض وخافيه عند آخر ، فإذا استباححت محكمة النقض رقابة المسخ في تفسير الحمرات الظاهرة المعنى فإنها بذلك تكون من ناحية قد فتحت لنفسها باباً من التحكم المكروه يجب أن تنتزه عن ولوجه ، ومن ناحية أخرى تكون قد قيدت سلطة قاضي الموضوع بقيد لأساس لتقييده به . وقد انتهوا من هذا النقد إلى تحييد رجوع محكمة النقض إلى ما كانت تقضى به دائرة العرائض قبل سنة ١٨٧٠ وفق ما كان يراه الأفوكاتو العمومي بول فافر سنة ١٨٦٥ في القضية السابق تلخيصها ، ومحصل أقواله فيها هو عدم تقييد قاضي الموضوع في تأويل الحمرات وعدم إخضاعه لرقابة محكمة النقض إلا في صورتين اثنتين تتعلقان بتكليف العقد وتطبيقه ، أولاً أن يتجاوز قاضي الموضوع حد التأويل فينصرف عن الأخذ بمعنى الحرر على الوجه الذي لا نزاع فيه بين طرفي الخصومة أو على الوجه الذي حدده هو للمحرر من طريق التأويل ، والثانية أن يخطئ قاضي الموضوع في تكليف الحرر نفسه بما يجب أن يوصف به قانوناً .

وبالجملة فإنهم يحبذون رجوع محكمة النقض إلى رأى مرلان ومذهب البواثر المجتمعة على ما أوضحه حكمها الصادر في سنة ١٨٠٨ السابق الذكر^(١).

ويذكر القارىء أننا قد أشرنا إلى بعض هذه الاعتراضات وإلى ما يقال في دفعها عند كلامنا في نظرية التفرقة بين الشروط الغامضة والشروط الواضحة ، إذ قلنا إن محكمة النقض لا تقصد مطلقاً أن تعتل بظهور معنى المحرر لتحرم قاضى الموضوع من حقه في تفسيره وتأويله ، لأنها لا تجهل أن الشرط الظاهر الذى يتبادر معناه للفهم بغير كثر ولا تعمل قد يفتقر إلى تفسير يكشف عن غوامض نية المتعاقدين فيه ، كما قلنا إن كل الذى قصده محكمة النقض من رقابتها على التفسير أن تلزم قاضى الموضوع ، إذا هو عدل عن المعنى الظاهر للمحرر إلى معنى آخر ، أن يضمن حكمه الأسباب المعقولة المحتملة الصحة التى يكون قد اعتمد عليها في هذا العدول ، وهى بهذا القدر لا يجوز أن يقال عنها إنها تتحكم في التفرقة بين الشرط الظاهر والشرط الغامض أو إنها تقيد سلطة قاضى الموضوع في التفسير بقيود لا أساس لها من القانون .

رأى المتأخرين : أما للتأخرون من أمثال جونوت^(٢) Gounot وديرية^(٣) Dereux ومورن^(٤) Morin فإنهم لا يقصدون من تقدم أن تترك محكمة النقض رقابتها على تفسير المحررات ، وإنما يقصدون توجيهها إلى تأسيس هذه الرقابة لا على أساس « للسخ والتحرير » بل على أساس آخر يقولون إنه

(١) مارتى فقرة ١٥٧ واقرأ في رسالة جوجيه تلخيص آراء المتقدمين المعارضة لفضاء محكمة النقض (من ص ٢٥٩ إلى ص ٢٦٣) وجونوت (ص ١٧١ هامش ١) وبونسن (ج ١ ص ٥٠٣) وتطبيق لايه على حكم ٥ فبراير سنة ١٨٧٣ (ص ٨٧٣ — ١ — ٢٨٩) .

(٢) رسالة مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص Le principe de l'autonomie de la volonté (Dijon, 1912).

(٣) رسالة تفسير التصرفات القانونية De l'interprétation des actes juridiques en droit privé (Paris 1905).

(٤) رسالة القانون والمقد . La loi et le contrat (1927).

أقرب إلى النظر القمى الصحيح^(١).

وهم في شرح مذهبهم يتدثون القول بنقد مذهب المتقدمين فيقولون إن هؤلاء قد أخطأوا الرى في محاولتهم حل جميع ما ينشأ من المسائل حول تطبيق العقود والمشارطات بالرجوع إلى مقصود العاقدين ، وبحسبك في الاقتناع بخطئهم أن تلاحظ أنه كثيراً ما تكون المسألة المتنازع على حلها لم تخطر ببال العاقدين عند العقد ، فيستحيل بذلك أن يكون فيها للعاقدين مقصود محقق يمكن الرجوع إليه في حلها^(٢) . وإذا اعترض بأنه لا مانع في هذه الصورة من انتحال هذا المقصود على ما تهدى إليه ظروف الدعوى وأحوالها ، فالجواب أن هذا المقصود المنتحل قد يكون بعيداً عن الصواب ، بل قد لا يكون هو الأغلب على الظن بل قد يكون مرجوحاً ، والراجع أن العاقدين ما كانا ليصلا إلى اتفاق ما في المسألة المتنازع على حلها لو فرض خلورها على بالها ؛ وكثيراً ما لوحظ أن غموض بعض الشروط يكون مقصوداً من العاقدين ، ليخفى كل منهما تحت ستاره نيته في بعض أحكام العقد ، ويكون لكل منهما في تأويل هذا الغموض وجهة خاصة يحتفظ بها فلا يبدئها إلا حين نشوء النزاع بالفعل .

ثم يقولون إن مذهب المتقدمين القائم على تعرف مقصود العاقدين قد أخذهم إلى اعتبار جميع ما ورد بالقانون من قواعد التفسير مجرد إرشادات ، لقاضى الموضوع أن يعمل بها وألا يعمل ، مع أنها أحكام تكليفية . وكيف يقال إن ما جاء بالفقرة الأولى من المادة ١١٣٤ من وجوب تنفيذ العقود بحسن النية ، وإن ما جاء بالمادة ١١٣٥ من أن الاتفاقات لا تلزم عاقيدها بما صرح به فيها فحسب بل كذلك بجميع نتائجها التي توجبها العدالة أو العرف أو نوع المشاركة — كيف يقال إن

(١) راجع في الموازنة بين تفسير القوانين وتفسير العقود رسالة ماينو (Maynau) التي

موضوعها : Les fictions de contrats dans le code civil et depuis le code civil

(٢) اقرأ بعض الأمثال في ديرييه من ١١٧ وما بعدها وفي جونوت من ١٧٧ وما بعدها

مثل هذه القواعد هي مجرد إرشادات ، مع أن الظاهر منها أنه إذا خالفها القاضي في حكمه يكون مخالفاً للقانون .

وإذا ما اتهموا من تعد مذهب مخالفهم قالوا إن لهم هم مذهباً آخر في تفسير المشاركة يقوم على أصاين اثنين : (الأول) أن كل ما كان فيه للعاقدين إرادة واحدة معروفة أو يمكن تعرفها ، فإنه يكون على القاضي احترام هذه الإرادة والأخذ بموجبها عملاً بإشارة المادتين ١١٣٤ ، ١١٥٦ من القانون المدني ، لأنه أقرب إلى التناسف والوفاء بالعهود ؛ وإذا حكم على مقتضى هذه الإرادة التي تبيينها لا يكون حكمه في ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض . و (الثاني) أنه متى لم يكن للعاقدين إرادة متحدة ظاهرة في المسألة المتنازع عليها لعدم خطورها على بالها ، أو لأن إرادتهما مشكوك فيها ، فعلى المحكمة السعي في حل المسألة بقواعد العدل والعرف ^(١) والمصلحة العامة ؛ وإن هي أخذت بهذه القواعد وأخطأت ، فإن خطأها لا يمكن اعتباره خطأ في التفسير ، بل يكون خطأ في تطبيق القانون ^(٢) . ثم يقولون

(١) جنون ص ١٨٠ وما بعدها وديره ص ٤٢٠ وما بعدها .

(٢) ويقول الأستاذ السهورى في كتابه « نظرية العقد » في تعد مذهب سلطان الإرادة : « والقاضى إذا فسر العقد لا يتوقع أن يبعد المتعاقدين قد نظرا في كل شئ وانفقا عليه . فهو لا يستعين في الواقع بافتراض إرادة موهومة كما يدعى أنصار مبدأ سلطان الإرادة بل هو يطبق قواعد المدالة بعد النظر في ظروف المتعاقدين ، ومن بين هذه الظروف إرادة المتعاقدين ، فلا يقتصر على تفسير الإرادة كما هي بل يحورها التحوير الملائم للظروف الجديدة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان . ولا يخفى من تحكم القاضى إذا تركناه يطبق قواعد المدالة فيما لم يكن فيه إرادة للمتعاقدين أكثر مما يخفى هذا التحكم من جانبه إذا تركناه يفترض إرادة موهومة ويرتب عليها أحكاماً قد تكون عكس ما قصد إليه المتعاقدان (كما ضلت محكمة بوردو الاستثنائية في حكم ٤ فبراير سنة ١٩٠٧ (جازيت دي باليه ١٩٠٧ - ٢ - ٣١٣) فقد طلبت فناة ترهت -

بعد أن حكم بحل جمعية الرهبان التي اتهمت إليها طبقاً للقانون - باسترداد المال الذى قدمته مهنراً عند ترهبها ، قضت المحكمة برفض طلبها مستندة إلى أنه من غير المقبول أن تكون الفتاة قد وزنت ظروف حياتها الجديدة التي اعتمدت أن تخضع لها طول الحياة دون أن تكون وقت على ما يلزمها ودون أن تكون قد عرفت أحكام قانون سنة ١٩٢٥ وهو الذى كان يتوقع به حل جميات الرهبان وسحب ما أعطى لها من الترخيس) . وإذا سلمنا للقاضى أن يفسر العقد تباً لما تقتضيه قواعد المدالة فإن آثار العقد لا تخضع إذا خضوعاً تاماً لإرادة المتعاقدين »

(ص ١٠٥ و ١٠٦) =

بناء على هذين الأصلين ، إن سلطة القاضي الموضوع في تفسير الشروط يجب أن تكون تامة لا رقابة عليها لمحكمة النقض ، متى قام التفسير على مقتضى إرادة العاقدین الواقعية *la volonté commune réelle et connaissable* . أما إذا لم تكن لها نية واحدة أو تعارضت نيتاها وتعين على القاضي حل المسألة المختلف عليها الحل القانوني البادئ ، فمندئذ يخضع حكمه لرقابة محكمة النقض ، ذلك بأن بحث القاضي لا يكون عندئذ — على ما يقولون — عما تعلقت به إرادة العاقدین حلاً لتلك المسألة ، بل عما يجب أن يكون حكم القانون فيها ^(١) .

قالوا وإذا كان الأمر كذلك فلا حاجة في مذهبهم إلى تلك التفرقة بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة ، تلك التفرقة التي كان من آثارها أن اضطرت محكمة النقض — من جهة — إلى تغليب المعنى الخفي للشروط على معناها البادئ البادئ ^(٢) *le sens normal et équitable* ، واضطرت من جهة أخرى إلى ترك رقابة التفسير فيما تراه هي أنه من الشروط الغامضة ، فتخلت بذلك عن رقابة تفسير كثير من الشروط المتبادلة التي عم انتشارها واختلف في تفسيرها ومست الحاجة إلى جمع كلمة القضاء فيها على قول واحد ^(٣) .

ثم يتهمون من شرح مذهبهم إلى القول بوجود عدول محكمة النقض عما استقر قضاؤها عليه وبوجوب العمل بفرقتهم للمتقدمة الذكر ، فتتخلى هذه المحكمة عن رقابة قاضي الموضوع في التفسير كلما كان غرضه حل المسألة المختلف

== وهو يستشهد بمجونات (س ٢١٣ و ٢١٥) وما كتبه الأستاذ ريبير قدماً لحكم محكمة بورديو المتقدم الذكر حيث قال : « أفترض القاضي للطرفين لإرادة لم تجل في خاطرهما ويرسم لهما خطأ لم يختاراهما وفكر عنها في وقائع لم يعلمها ، وهو في ظل تفسير لإرادتهما يفرض عليهما حلولاً لا تنطبق لا على إرادتهما الحقيقية ولا على نصوص العقد الصريحة ولا على البنية من التعاقد ، بل هي لا تدل إلا على مهارة القاضي في التخمين والحدس ؟ ! » (س ١٠٦ بالهامش)

(١) جونوت ص ٢٢٠ و ٢٢١ .

(٢) ديرييه ص ٩٩ ومارتى ص ٣٣٧ .

(٣) ديرييه ص ٩٣ ومارتى ص ٣٣٧ هامش ٤ .

عليها من طريق البحث عن نية المتعاقدين ، وتمد هذه الرقابة كلما خرجت هذه النية عن بحثه وكان حله المسألة من طريق آخر ؛ ويقولون إن العمل بمذهبهم يمكن بحكمة النقب من بسط رقابتها على تفسير الشروط المتداولة وعقود الاذعان^(١) التي لا يمكن القول فيها بأن لها طرفي العقد نية واحدة يمكن تعرفها والتحسس عليها والأخذ بها في حل للمسألة المختلف على حلها ، فيتيسر لها بهذه الرقابة جمع كلمة القضاء في التفسيرات المختلفة على قول واحد ؛ ثم انه من جهة أخرى يدفع ما يعترض به المهترضون من أنها ، بالترقية بين الشروط الظاهرة والشروط الخفية وبالقول بالمسيخ ، قد فتحت باباً من التحكم لا قبل لها بفتحها ولا للدخول منه إلى رقابة ما لاحق لها في رعايته .

١٠٤ — مبرراتنا على فهم محكمة النقض : والحق أن مذهب محكمة

النقض الفرنسية فيما بسطته من رقابة على تفسير العقود والاتفاقات والمجرات ، وإن ألبسها اللون العظيم في تقييد بعض الأحكام الموجبة ، لا يزال في حاجة إلى إصلاح

(١) تشعبت الآراء في تكييف عقود الاذعان (les contrats d'adhésion) . فمن رأى أنها وليدة الموجب لها وأن القبول فيها هو مجرد إذعان لا يصدر عن إرادة حرة ، اعتبرها مركزاً قانونياً منظماً ينظم مصلحة عامة لمجموع الأفراد الذين يخضعون لها ، ولهذا كان تفسيرها عديم بمثابة تفسير القانون تراعى فيها مقتضيات العدالة وحسن النية وينظر فيه إلى الروابط الاقتصادية التي وضعت هي لتنظيمها . ومن أصحاب هذا الرأي سالي ودجبي وهوريو وستروجونوت ودالوت . أما جمهور فقهاء القانون المدني فيرون أنها عقود حقيقية تتم بتوافق إرادتين وتخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود الأخرى وأن الشارع هو الذي عليه تنظيمها تنظيمًا تشريعيًا لحماية الأفراد ، كما نظم الشارع الفرنسي عقد العمل وعقد النقل البري وعقد التأمين (ومنهم كولان وكايتان وبلانول) . وإلى جانب الفريقين فريق ثالث يقسم عقد الإذعان جزأين — جزءاً يتناول عناصر العقد المهمة كالثمن ومقدار الشيء الذي يتعامل فيه وما إلى ذلك مما يتم عليه التعاقد وتتوافق فيه إرادة المتعاقدين توافقاً جدياً ، والمقد في هذا الجزء عقد حقيقي يفسر على مقتضى نية المتعاقدين ، أما الجزء الثاني فهو الشروط التفصيلية التي لا تتناول أساس العقد وتكون في الغالب مطبوعة ولا تتوافق عليها الإرادتان توافقاً حقيقياً ، وهذا الجزء يفسره القاضي بما لا يخرج عن الشروط الأساسية التي تم عليها التعاقد ، ويكون التفسير حسب مقتضيات العدالة وفي حدود حسن النية ، وإذا تناقض شرط أساسي مع شرط تفصيلي فالغلبة للشرط الأساسي (راجع البهوري في نظرية العقود فقرة ٢٨٢ وما بعدها وما فيها وبها المرجع) .

يقوم على أساس على مقبول تتمكن به من بسط رقابتها على نواح آخر لم تمد يدها إليها لأن . ألا تراها (أولاً) قد أنزلت الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ ، والمادة ١١٣٥ ، والمادة ١١٥٦ وما بعدها من القانون المدني عن منزلة القروض والواجبات إلى منزلة السن المدونة التي لا يحاسب قاضي الموضوع على ترك العمل بها ، مع أنها لا فارق بينها وبين سائر القواعد المتعلقة بالإثبات التي وردت في باب العقود والالتزامات وجاء بها التكليف فوجب العمل بها وحق الحساب على مخالفتها بغير مقتض آخر^(١) . نعم إن ما يبدو على بعض أحكام تلك المواد من عدم الانضباط قد يسمح بالقول بأن الشارع إنما قد أخرجها مخرج المناهج والخطط directives لا مخرج القواعد التكاليفية ، فيتمتع لذلك كثيراً ضبط ما يقع من مخالفاتها في العمل . ولكن هذا لا يدعو محكمة النقض إلى الانصراف عن رقابة الأحكام المبنية على مخالفة ما يمكن انضباطه من تلك القواعد في العمل ، كالقاعدة للنصوص عليها بالمادة ١١٥٧ من القانون المدني وهي : إذا احتملت عبارات الشرط معنيين وجب حملها على المعنى الذي يكون لها به نتيجة قانونية ، وإذا احتملت معنيين لكل منهما نتيجة قانونية تعين الحل على المعنى الذي تقتضيه طبيعة المقد^(٢ و ٣) ،

(١) قد تابعت محكمة النقض في هذا مذهب المتقدمين من أمثال توليه وصران وكولت دي سانتير ودومبول وهوك وبودري (راجع أوبري ورو ص ٥٦٨ هامش ١ وتكلمته في ص ٥٦٩ و ع . ف ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٨ (د ٦٨ — ١ — ٣٠٨) و ع . ف ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ (س ٨٣ — ١ — ٤٦٦) و ع . ف ١٦ فبراير سنة ١٨٩٢ (٩٢ — ١ — ٢٤٨) و ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ (٩١٨ — ١ — ٩) .

(٢) دبره ص ٨٧ وما بعدها ، وجنوت من ص ٨٥ إلى ١١٨ ومن ص ١٨٠ إلى ١٩٢ ، وجني ج ٢ ص ٣٤٢ من مؤلفه : Science et Technique en droit privé positif ومارتن ص ٣٤١ .

(٣) وأصل هذه القاعدة أن القاضي ينبغي أن يتره الماقدين عن العبث ، فلا يسلم بأنهما تمسداً أن يكون اختافهما لنوا . فإذا رهن إنسان أرضه لآخر على أن يكون المرتين ريع الأرض في مقابل الفوائد ، وعلى ألا يرد الأرض إلى الراهن إلا عند تسديد الدين ، فإن مثل هذا الشرط إذا فسر اعتباراً بأن المقد غارقة فلا ينتج أثراً قانونياً ، ولكنه إذا فسر بأنه رهن حيازة أمكن للقاضي ألا يسمح للمدان المرتين بفوائد أكثر من تسعة في المائة من أصل الدين . =

ثم ألا ترى محكمة النقض من ناحية أخرى ، ينبا هي تراقب المسخ في التفسير كلما كان الشرط الذي فسرتة محكمة الموضوع ظاهراً ، وكان وجه التفسير الذي أخذت به غير محتمل ، وكان الحكم خالياً من الأسباب التي يمكن أن تعضد هذا الاحتمال ، إذا هي لا تراقب التفسير متى كانت عبارات الشرط قد شابهها غموض أو إبهام أو تعمية ، وكانت تحتمل عدة معان ربما كان بعضها أولى من بعض . وقد نتج عن ذلك أنه إذا كان الشرط مما جرت العادة باشرطه في المعاملات وكان مما تتسع له وجوه تفسير متعددة ، واختلف الخصوم ومحاكم الاستئناف فيما ينبغي الأخذ به من هذه الوجوه ، فإن محكمة النقض تكون إزاءه ولا حول لها من رقابة على ما تصدره هذه المحاكم المختلفة من الأحكام المتناقضة في المسألة الواحدة . وكثيراً ما وقع هذا الحرج في العمل ، فقد اختلفت محاكم الاستئناف الفرنسية في تفسير شرط من شروط عقد

== ومن أشبهنا أن يبيع الشخص عقاراً يبيع وفاء ويشترط شرطاً مبهماً يصح تأويله بأنه يقضى بقاء العين تحت حيازته ، كما يصح تأويله تأويلاً آخر لا يتعمل للشرط فائدة ، فلا ينبغي الحل على التأويل الأول لأنه يقب البيع إلى رهن باطل (المادة ٣٣٩) من القانون المدني . وكثيراً ما يقع أن يذكر المتعاقدان في اتفاقهما عبارات لا ضرورة لها ، لأنها تقرر أحكاماً توجهها القواعد العامة ، كأن يقرر البائع أنه ضامن للاستحقاق أو لليوب الحقة ، أو أن القعد يكون مفسوخاً إذا لم يتم التمهيد بتنفيذ إلزامه ، ولا يكون للمتعاقد من ذكرها إلا مجرد تأكيد القواعد العامة ، وإذا صح ذلك فلا يعطى القاضي لهذه العبارات معنى جديداً .

(٤) راجع حكم ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ (س ٢٥ — ١ — ٣٤٥) وقد صدر برفض الطعن في القضية الآتية : كتب رجل في وصيته أن رغبته الأخيرة تنحصر في أن يترك ما عسى أن يرثه عن ابنه فلان لابن أخيه ، على أن يقوم هذا بتمهده وخدمته مدة حياته ، فقام النزاع على تفسير هذا القعد ، وقد أبطلته محكمة الموضوع إذ لم تره وصية مضافة إلى ما بعد الموت تطبيقاً للمادة ٨٩٥ من القانون المدني ، بل رأته مبهمة منجزة باطله تطبيقاً للمادة ٨٩٦ من هذا القانون . ذلك لأنها لاحظت أن ولد الواهب — من جهة — كان عند الهبة في الاحتضار وقد مات بعد تحرير القعد بستة أيام ، وأن القعد من جهة أخرى يتضمن الإيجاب على الوهوب له بخدمة الواهب والعناية به مدة حياته ، فترجع لديها أن التصرف كان في واقع الأمر هبة منجزة من الواهب لابن أخيه فيا سيؤول إليه من ميراث ولده وهو في الاحتضار . وقد علق الأستاذ سيمونيت Simonet بجامعة نانسي على هذا الحكم فأورد مذهب محكمة النقض في تحليلها عن رقابة تفسير القعد وآراء الفقهاء الحديثين فيه من أمثال جيني وجونوت وديري من رجالهم جميعاً في أن تمد محكمة النقض رقابتها على مخالفة قواعد التفسير وخاصة على القاعدة المنصوص عليها بالمادة ١١٥٧ في مثل صورة الدعوى التي صدر فيها حكم النقض .

وضعته شركة من شركات التأمين وألزمت به نفسها وعملائها المختلفين ، قضت كل منها فيما بين يديها من الدعاوى على مقتضى وجه التفسير الذى رأته هي معتدلاً ومقبولاً ، ومع ذلك فإن محكمة النقض قد رفضت الطعون التى قدمت لها عن تلك الأحكام وبنت رفضها على أن الشرط المختلف على تفسيره لم يكن نصاً قانونياً من جهة ، ولم يكن ظاهراً من جهة أخرى^(١) . وكذلك لما اختلفت تلك المحاكم فى تفسير شرط من شروط عقود المقاولات الحرة على النماذج الموضوعة لها^(٢) ، وفى تفسير شرط آخر من شروط عقد شركة من شركات المساهمة تتعلق بطريقة استهلاك سندات^(٣) ، وفى تفسير الشرط القاضى بهدم جواز تأجير المستأجر من باطنه إلا باذن من المؤجر^(٤) — لما اختلفت محاكم الاستئناف فى وجه تفسير هذه الشروط رأينا محكمة النقض تتباعد عن رقابة وجوه التفسير المختلفة لاعتقاد أصحابها . ولقد أحست محكمة النقض الفرنسية فى هذه السنوات الأخيرة بقصور مذهبها

(١) ع . ف ٢٦ فبراير سنة ١٨٧٣ (س ٧٣ — ١ — ٩٧) وع . ف ١٤ فبراير سنة ١٨٤٤ (س ٤٤ — ١ — ٢٤١) وع . ف ١٠ نوفمبر سنة ١٨٧٩ (د ٨٠ — ١ — ١٧٥) فإن هذه الأحكام التى رفضت بها محكمة النقض الطعن فى أحكام كانت أخذت بوجه تفسير خاصة بهذا الشرط ، بأحكامها الأخرى التى أصدرتها فى ١٢ فبراير سنة ١٨٧٧ (د ٧٧ — ١ — ٣٤٤) التى رفضت بها الطعن المبني على خطأ الحكم فى أخذه بوجه تفسير آخر . ثم يحكم محكمة أميان فى ٤ أغسطس سنة ١٨٩٥ (س ٩٧ — ٤ — ١٥٩) التى أخذت بالتفسير المخالف .

(٢) ع . ف ١٣ يولييه ١٨٨٦ (د ٨٧ — ١ — ١٢٧) وإقرأ فى التعليق الأحكام التى أصدرتها دائرة التراض والمائرة المدنية فى التقرير بأن سلطة قاضى الموضوع فى الأخذ بهذه التفسيرات المختلفة سلطة تامة .

(٣) ن . ف ٢١ أبريل سنة ١٨٩٦ (س ٩٧ — ١ — ٤٨١) ، وراجع فى تعليق الأستاذ Chavegrin الأحكام الصادرة باعتقاد وجوه تفسير مختلفة للشرط المختلف على تفسيره وانظر جنونوت ص ٤٩ وهامش ١ وحكم ٢٨ يناير سنة ١٩٠٧ (د ٩١٠ — ١ — ٩٧) وإقرأ مرافعة الأفوكاتو المصنوعى بودوان Boudouin التى طلب بها أن يبتد أن عرض على المحكمة وجوه التفسير المتناقضة — فبول الطعن المبني على مخالفة الحكم للقاعدة التفسير المنصوص عليها بالمادة ٩١٥٣ من القانون المدنى .

(٤) ن . ف ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ (د ٩٠٨ — ١ — ٢٤٠) وع . ف ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٤ (س ٩٢٤ — ١ — ٥٧) وتعليق الأستاذ بول أمين وفيه بيان وجوه التفسير المختلفة التى أخذت بها محاكم الاستئناف فى الشرط الواحد بيقينه .

في رقابة المسخ في المحررات عن تناول ما ينبغي لما أن تراقبه من الأحكام ، فأخذت تقبل الطعون المبنية على الخطأ في تفسير بوالص التأمين وأنظمة الشركات وتوائح المصانع les statuts des sociétés, les règlements d'ateliers وغير ذلك وتقلل أحكامها الناقضة بأن محكمة الموضوع قد مسخت الشرط الذي فسره باعطائه معنى غير معناه الظاهر ، وذلك بالرغم من صلاحية حمل المحرر على المعنى الذي فسره واشتغال الحكم المطعون فيه على الأسباب الكافية التي تفصد هذا الحمل . وفي ذلك العدول وفي هذا التمثيل انحراف ظاهر كما يقول مارتى^(١) وديره^(٢) . وقد غللت محكمة النقض أحكاماً آخر بأن عبارة الشرط الذي فسره محكمة الموضوع هي من العبارات التي اصطلاح القانون على استعمالها في معنى معروف يصح أن تلزمه محكمة الموضوع وأن تلزمها هي الأخذ به^(٣)

ولمحن نظن أن محكمة النقض لا تستطيع بهذه المسكنات التي تعالج بها قصور نظرية المسخ أن تقوم برقابة التفسير رقابة تستطيع بها جمع كلمة القضاء على قول واحد فيما اختلف فيه أو كان بفرضية الاختلاف على تفسيره من المحررات والعقود^(٤) . بل لا بد في الحق من إقامة هذه الرقابة على أساس آخر من النظر يمكن محكمة النقض من مد رقابتها إلى التفسير إلى أقصى الحدود الممكنة التي تستوعب بها طبيعة وظائفا القانونية .

ولعل الصواب هو في الموازنة بين أصليين متعارضين يتقاسمان باب التفسير كله ، ثم في الأخذ بأيهما تكون له القلبة على الآخر عند الاكتضاء : أما الاضطلاع فأولها

(١) مارتى من ٣٤٤ .

(٢) ديريه من ١٢١ ، ١٢٢ .

(٣) ن : ف ١٩ يونيو سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٤ — ١ — ٢٤٥) وتطبيق الأستاذ بلوندل Blondel . وقد كان الحكم المطعون فيه جائراً لبثاية ، وكان يترتب على رفض الظن فيه على أساس أن سلطة قاضي الموضوع في التفسير تامة أن يبقى الحكم على جوره ، فاضطرت محكمة النقض إلى تفسير العنصر المختلف على تفسيره مما يعطى المعدل في القضية وهكذا الحكم المطعون فيه على هذا الأساس (مارتى من ٣٤٤ هامش ٢) .

(٤) جونوث من ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

يتعلق بالاتفاق ، أيعتبر أنه قانون العاقدین على الحقيقة أم لا يعتبر ؟ والثاني يتعلق بوظائف محكمة النقض ، أتكون لهذه المحكمة الرقابة على تفسير الاتفاق ، كما كان لها الرقابة على تفسير القانون أم لا تكون لها هذه الرقابة ؟

والأصل الأول مبنى على حرية الإرادة في العقود . وقد صيغ في الفقه الإسلامي بهذه العبارة « شرط العاقد كنص الشارع في الفهم والدلالة ووجوب العمل به » ونظمه الشارع الفرنسي بقوله في المادة ١١٣٤ إن العقد الصحيح يقوم بين عاقيه مقام القانون . فالعقد على الحقيقة هو قانون العاقدین . وإذا اعتبرنا هذا الأصل على إطلاقه صح القول بأن أية مخالفة في حكم ما لأية قاعدة من قواعد العقد تصلح لأن تكون سبباً للطعن فيه بطريق النقض .

والأصل الثاني مبناه أنه إذا كان من وظائف محكمة النقض أن تتولى تفسير القواعد القانونية التي تتناول بعمومها وإطلاقها ما لا حصر له من الحوادث المتميزة بعضها عن بعض ، فإنه ليس لها أن تتدخل في تفسير العقود والاتفاقات المختلفة المنوعة . ذلك لأن كل عقد منها لا يهتم معناه إلا عاقداه ، وإذا افتقرت ألفاظه وعباراته إلى تفسير فليس إلى تفسير لغوي أو منطقي فحسب ، بل إلى تفسير يرجع فيه إلى مقصود العاقدین ، وكثيراً ما يضطر قاضي الموضوع في تفهم هذا المقصود إلى البحث في ظروف أحوال متعددة وملابسات شتى مختلفة ، وكل ذلك متغير في دعوى ودعوى وبالنسبة لعاقدین وعاقدین آخرين .

وهذا التعارض بين الأصلين لا يقتضى في النظر تغليب الأصل الثاني المتعلق بوظائف محكمة النقض على الأصل الأول المتقدم الذكر بإطلاق ؛ إنما قد يصح تغليبه عليه في العقود التي لا مصلحة لغير عاقيدها في أن يكون تفسيرها بحسب نية المتعاقدین على وجه دون آخر .

ويصح تغليب الأصل الأول على الأصل الثاني في الأحوال الآتية :
(أولاً) متى اتفق أن يكون للعاقدین مقصود ما في المسألة المختلف على

حلها لعدم خطورها على بال الماقيدين حين المقد ، أو متى استحال تعرف هذا المقصود والاهتداء إليه ، وأخذ القاضى فى حل المسألة بمقتضى القواعد القانونية ، فإن المسألة تصبح إذن من مسائل تطبيق القانون ، يجب أن يخضع حكم القاضى فيها لرقابة محكمة النقض — وهذا هو مقتضى مذهب المتأخرين من الفقهاء . أما إذا أخذ (فى هذه الصور) فى تفسير العقد على مقتضى العرف والعدل فإننا نشك كثيراً فى أن المسألة تصبح من مسائل تطبيق القانون كما قال هؤلاء ^(١) ، وذلك لأننا بيننا فى الفصل الذى عقدناه للمراد من « كلة القانون » أننا لا نرى أن تراقب محكمة النقض قاضى الموضوع فيما يراه من وجوه تفسير العرف (فضلاً عن التثبت من قيام العرف وعدم قيامه) ولأن محكمة النقض لا تستطيع الرقابة على عدالة الحل الذى اعتمده قاضى الدعوى وعدم عدالته ، إلا إذا أحيطت علماً بجميع ظروف الدعوى وأحوالها وتدخلت فى الموضوع وهو محرم عليها . على أنه إذا كانت ظروف الأحوال المتعلقة بتفسير العقد من البساطة والتمييز والظهور بحيث يجوز تكرارها فى الوجود وتمس الحاجة إلى معرفة وجه التفسير العادل الذى يمكن أطراف الأخذ به فيما مائل الدعوى القائمة ، فقد نستصوب مع هؤلاء الفقهاء المتأخرين رفع الأمر فى تفسير هذا الشرط المتكرر لحكمة النقض لجمع كلمة القضاء على وجه واحد فيه . وهذا الاستصواب لا يدل إلا على أن مذهبهم قد أصاب الحق فى بعض نواحيه ، أما فى تقريره رقابة محكمة النقض فى جميع الأحوال التى لا يتعلق التفسير فيها بالبحث عن نية المتعاقدين ، فبفيه من الغالاة ما لا يستطيع اتباعه والجرى عليه .

(ثانياً) وإذا كان العقد من تلك العقود التى يضع قواعدها عادة أحد الماقيدين ويلزم بها عملاء الكثيرين فيلتزمونها على صورة واحدة كعقود التأمين وشركات المساهمة ولوائح العمل فى دور الصناعة وقوائم المزايدات والمناقصات وغير

ذلك من عقود الإذعان (contrats d'adhésion) وعقود الجماعة (contrats collectifs) وعقد العمل الجماع (contrat collectif de travail) التي ينتج فيها توافق إرادة طرفي العقد على معنى واحد للعبارة المختلف على تفسيرها منه .
 نقول إذا كان المقدم من هذا النوع من العقود فإن تمدد المنازعات التي تقوم على تفسير قواعده الأساسية أمام المحاكم المختلفة بين واضعه وبين العملاء المتعديين ، واحتمال الاختلاف في وجه التفسير التي تأخذ بها هذه المحاكم ، وما يفرض على الناس من النفع عند تحديد وجه التفسير الصالح لأن يكون قاعدة يؤخذ بها في كافة القضايا المماثلة ، كل هذا ونا إليه هو الذي يجعلنا من أنصار مد الرقابة على التفسير في هذه العقود ، جمعاً لكافة المحاكم فيه على قول واحد . وبحكمة النقض إذ تقوم بهذه الرقابة تغطي التفسير الصحيح للشرط المختلف على تفسيره باعتباره نصاً مجرداً عن ظروف الدعوى وأحوالها ، كما تفسر نصوص القانون .

(ثالثاً) وإذا كان الشرط المختلف على تفسيره من الشروط التي شاع استعمالها وإدماجها في العقود القادية (Clauses notariales) وعقود الإجازة المطلوبة ، فإن احتمال أن يكون للعاقدين في كل منها مقصود محقق يجوز أن تكون محكمة الموضوع قد رجعت إليه في التفسير على مقتضاه ، هو الذي يشككنا في القول بصفة عامة بخضوع محكمة الموضوع في هذا التفسير لرقابة محكمة النقض . لكننا مع ذلك نرجو أن تنتهز محكمة النقض كل فرصة يكون فيها فاضل الموضوع قد فسر الشرط المختلف على تفسيره باعتباره نصاً مجرداً عن جميع ظروف الدعوى وملابساتها فتتقدم هي لحسم الخلاف بتفسير الشرط على الوجه الذي تراه أولى بالحل وأدنى إلى التناصف .

وأنت ترى أننا قد أوسعنا ميدان الرقابة في التفسير حتى امتد إلى نواحي لم تبسط عليها محكمة النقض الفرنسية رقابتها إلى الآن ، وألغينا هذه الرقابة على تغليب أحد الأصلين المتقدمي الذكر على الآخر فيما يصح تغليبه فيه على مقتضى النظر

الفقهي ، وما شئت من التأخر من الفقهاء ما استطعنا مما شئتهم فيه مما كانت محكمة النقض لا تستطيع الوصول إليه في حدود مراقبة المسخ المتقدمة الذكر ، وتركنا لقاضي الموضوع سلطته التامة في التفسير فيما عدا ذلك ، واستبقينا رقابة المسخ في المحررات الفاهرة على ما هي الآن منحصرة في مطالعة العقد المختلف على تفسيره والعلم بعقده المتبادر للفهم وفي مطالعة أسباب الحكم المظنون فيه لمعرفة ما إذا كان لمدول قاضي الدعوى عن هذا المعنى إلى غيره اعتبارات كافية معقولة لتضييد الحل عليه ، فإن كان الحكم غالياً من ذلك نقض لعدم قيامه على الأسباب الكافية التي يجب أن يشتمل عليها وإلا أبرم الحكم ، وأقمنا مراقبة المسخ هذه على نص المادة ١١٣ من قانون المرافعات .

هذه هي حدود الرقابة التي نريد أن تبلغها محكمة النقض في فرنسا وفي مصر حتى يتحقق حسن سير العدالة بتوحيد القضاء .

المطلب الثاني — في تكييف العقود والمحررات

والأحوال القانونية

١٠٥ — إن الناس يخرجون تصرفاتهم — في الأعم الأغلب — على صور البيع والإجارة والرهن والشركة والكفالة وغير ذلك من العقود المسماة التي أحكم القانون حدودها وقواعدها وخواصها . وهم قد يذكرون في اتفاقاتهم ما يكونون قد تراضوا عليه ، وقد يفوتهم هذا الذكر ؛ ولا شك في أنهم إذا تنازعوا في أمر إلى المحكمة فليها أن ترد فهم الواقع في الدعاوى إلى ما تراضوا عليه فتحكم بينهم على موجب ما بعد تفسيره . فإن لم ترحم المناقشة المختلف عليها صريحاً في الاتفاق تحسنت ما عسى أن يكون الحكم حسناً يقتضيه مقصود الماقيدين ، فإن لم تستطع تعين عليها إدخال العقد في عموم نوعه ثم رد فهم الواقع في الدعوى إلى النص القانوني المناسب له في الباب الخاص بهذا النوع

من العقود ، فتقول مثلاً إن العقد هو عقد بيع والحاصل في المسألة المتنازع على حكمها هو كذا وحكمها في باب البيع كذا ، فيجب أن يكون الحكم في الدعوى كذا . وإدخال العقد في متناول نوعه تسميته باسمه وتحصيل ما لهذا الاسم من الأحكام القانونية هو ما اصطلاح على تسميته باسم تكييف العقد بكيفية القانوني (la qualification légale du contrat) . وظاهر أن تكييف العقد الفرد بإدخاله في عموم نوعه لا يتم إلا بالمطابقة بين العقدين عنصراً عنصراً وركناً وركناً . وإذا كانت أركان نوع العقد معروفة قانوناً فمطابقتها بأركان عقد بخصوصه تصبح اجتهداً في القانون على ما سبق شرحه في تكييف فهم الواقع في الدعوى بحكم القانون .

وينتج من ذلك أن تكييف العقد بحكم القانون هو اجتهد في القانون يجب أن يخضع فيه قاضي الدعوى لرقابة محكمة النقض .

١٠٦ — والرقابة على تكييف العقود لم تكن في عهد من العهود محل خلاف . فقد كان مرلان — على تشدده في عدم الاعتراف بأية سلطة لمحكمة النقض في الرقابة على تفسير العقود — يمتدح لهذه المحكمة بمقتها في رقابة التكييف ، متى كان وراء العقد المدعى بوقوع المخالفة لأحكامه في الحكم للطعون فيه ، قانون يبين جوهره وخواصه^(١) (lorsque, disait-il, il existe une loi qui)

(détermine l'essence du contrat violé).

وكذلك لم تتدخل محكمة النقض الفرنسية عن القيام بهذه الرقابة حتى في ذلك العهد الذي كانت تعترف فيه لقاضي الموضوع بالسلطة الواسعة في تفسير العقود . اعتبر في ذلك بمحكمهما الذي أصدرته دوائرها الجمعية في ٢٦ يولييه سنة ١٨٣٣^(٢) ، فقد قالت فيه إنها تخل بالغرض المقصود من إنشائها إذا هي امتنعت عن القضاء

(١) ربرتوار مرلان تحت كلمة « شركة » (Sect. 2 Parag. 2 No. 2) .

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ١٦٢٨ وجوحيه من ٢٢٩ .

بنقض الأحكام التي تمنع التصرفات والعقود وصفاً غير وصفها الحق بإدخالها تحت نوع من العقود لا يتناولها بعمومه ، وإخضاعها لأحكامه . ثم يحكمها الذي قالت فيه : « وحيث إن محكمة النقض تختص بإعطاء التصرفات القانونية ، التي يكون قاضي الدعوى قد أثبت عناصرها في حكمه ، وصفها القانوني الحق ؛ وحيث إنه قد اتضح لها من بيانات الحكم المطعون فيه أن ما كان من الطرفين من اتفاق على مبيع وثمن إنما هو بيع »^(١) .

وفي الحق أن مسألة التكييف التي يكون على محكمة النقض حلها هي : ما الذي أجراه قاضي الموضوع بعد تحصيل فهم الواقع في الدعوى ؟ وهل النتيجة التي حصلها من هذا الواقع تخالف ما كان ينبغي استنتاجه منها لو أخذ فيها بحكم القانون مما جاء به من تحديد طبيعة عناصر هذا الواقع وتعيين وصفه القانوني أو من تقرير ما يترتب على وجود هذه العناصر من آثار وأحكام قانونية ؟ والمسألة بهذا الوضع لاشك في أنها مسألة قانونية ينبغي أن يخضع فيها رأى القاضي لمحكمة النقض^(٢) .

١٠٧ — ولأن تكييف المقدم مسألة قانونية صح القول بأن قاضي الدعوى لا يتقيد فيها برأى الماقردين ولا بما رتباه على تكييفهما من آثاره القانونية^(٣) . ذلك لأنهما قد يخطئان في التكييف إما جهلاً أو عمداً ، والعمد قد يكون لإخفاء غرض غير مشروع أو لغرض يريده التصرف في واقع الأمر ، كإفادته يستترانه

(١) ن . ف ٧ يوله سنة ١٩٢٤ (دالوز الأسبوعية سنة ١٩٢٤ ص ٦١٨) وأحكاماً كثيرة أوردتها تالون بهامش ص ٥٨ أولها ن . ف ٤ يونه سنة ١٨٤٩ (د ٤٩ — ١ — ٣٠٧) و ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٥٤ (د ٥٤ — ١ — ٤٢١) ، و ٢٣ فبراير سنة ١٨٦٨ (د ٦٩ — ١ — ١٩٦) ، و ٢٩ مايو سنة ١٨٧٦ (س ٧٦ — ١ — ٣٠١) و ع . ن ١١ يناير سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ — ١ — ٦٥) وآخرها ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٣ — ١ — ١٢٢) .

(٢) فاي ص ١٧٣ وهامش ٢٠ ون . ف ١٥٠ يناير سنة ١٨٧٣ (د ٧٣ — ١ — ١٨٠)

(٣) جوجيه ص ٦٦ وما بعدها والسنهوري ص ٩٢٨ و ٩٢٩ وهوامشهما ، وبهذه الهوامش الأحكام الأهلية والمختلطة المقررة للقاعدة .

تحت اسم إيجار أو بيع ، وكرهن جيازة تحت بيع وفاء ، وكشركة محاصة هي في الواقع قرض . وكثيراً ما يستر الموصى وصيته تحت اسم عقد آخر .

فصل قاضى الدعوى أن يتبين نية المتصرف باهى ؟ ثم يكيفها التكيف الصحيح ، ثم ينزل الحكم فى الدعوى على مقتضى هذا التكيف ، ويجب أن يكون رأيه فى هذا التكيف خاضعاً لرقابة محكمة التقضى . فإذا ظهر مثلاً أن المتصرف كان يريد إضافة التملك بطريق التبرع إلى ما بعد الموت ، وسمى تصرفه مع ذلك بيعاً ، فإن على القاضى أن يعطى هذه الإرادة وصفها الحق ويعتبر العقد وصية ، ويكون لمحكمة التقضى الرقابة عليه فى ذلك .

١٠٨ — وقضاء محكمة التقضى فى ذلك مستفيض فى موسوعات الأحكام . من ذلك قضائها بأن من اختصاصها التثبت مما إذا كان العقد الذى وصف بأنه بيع لم يكن فى الواقع إلهناً تأمينياً ، ومما إذا كان العقد قسمة مقررة للملك أو لم يكن إلهناً صادراً من أحد الورثة فى نصيبه الشائع لشريكه فى الإرث^(١) ، وما إذا كان العقد وكالة أو حوالة^(٢) ، وهل ما لم يرفيه قاضى الموضوع اعتراضاً قضائياً هو فى الواقع عقد صلح حاسم أم لا^(٣) ، وهل ما وصف بأنه هبة منجزة هو وصية أم لا^(٤) .

على أنك قد ترى — مع ذلك — فى كثير من أحكام دائرة العرائض ما يوهمك أن لهذه الدائرة مذهباً آخر فى تكيف العقود والاتفاقات ينحصر فى ترك الأمر كله لقاضى الموضوع يحكم ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٨^(٥) ، الذى تقول فيه : إن لقاضى الموضوع بحث طبيعة الاتفاق وتحديدته ، وكحكم ١٧ مايو سنة

(١) قاضى س ١٧٤ ون . ف ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٥٤ (د ٥٤ — ١ — ٤٢١) .

(٢) ٢٣ فبراير سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ — ١ — ١٩٦) .

(٣) قاضى س ١٧٤ و ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٤ (د ٨٥ — ١ — ١١٦) .

(٤) ٦ مايو سنة ١٨٩١ (د ٩١ — ١ — ١٧٧) .

(٥) ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٨ (س ٩٠ — ١ — ١٦٤) .

١٩٠٩^(١) ، الذي يقول فيه إنه لا يجب على حكم محكمة الاستئناف إذا قضت ، بناءً على ما تبين لها من نصيب الاتفاق ، بأنه عقد بيع وارد على حق في تركه ؛ وكحكم أول مايو سنة ١٩١٢ الذي يقول فيه إن لمحكمة الاستئناف أن تفصل نهائياً فيما إذا كان العقد للتنازع على وصفه هو عقد بيع أو هبة^(٢) ؛ وكحكم ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢ الذي يقول فيه إن لقاضى الموضوع الحق في اعتبار ما إذا كان العقد الخاص بنقل الأمثلة المنقولة هو عقد استئجار للبرية المعدة للنقل أو هو عقد نقل حقيقى^(٣) .

والحق أن هذه الأحكام وأمثالها — لصيورها من دائرة المرائض برفض الطعون ولكونها موجزة الأسباب — يمكن حملها على أن محكمة النقض قد راعت ظروف القضايا التي صدرت فيها تلك الأحكام ولا حظت أن محكمة الموضوع قد أجدت في تكييف العقود بما اتضح لها أنه هو مقصود الماقدين ، فاختلط عندها تفسير العقد بتكييفه ولذلك جعلت رأي قاضى الموضوع فيها غير خاضع لرقابتها . يدلك على صحة هذا الحل ما تراه في بعض أسباب تلك الأحكام كحكم ١٧ مايو سنة ١٩٠٩ السابق الذ ذكر الذي جاء فيه أن محكمة الاستئناف قد رجعت إلى مقصود الماقدين فتبينت منه أن الاتفاق كان بيعاً لحق في تركه ، وقد تقرأ مثل هذا في بعض أحكام الدائرة المدنية كحكم ٢٧ يونية سنة ١٩١٧ الذي جاء فيه أن لمحكمة الموضوع ، عند غموض العقد وتناقض بعض شروطه مع بعضها الآخر ، أن ترجع في تفسيره وكشف غامضه إلى مقصود الماقدين ، فإذا قضت على مقتضى هذا التفسير بأن الإبراء الحاصل للمدين هو استيفاء للدين لا استبراء منه هبة فلا يكون قضاؤها في ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض^(٤) .

(١) ١٧ مايو سنة ١٩٠٩ (د ١١٠ — ١ — ١٨٩) .

(٢) أول مايو سنة ١٩١٢ (د ١١٣ — ١ — ٢٩٧) .

(٣) ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢ (د ٩٢٣ — ١ — ١٨٦) .

(٤) ٢٧ يونية سنة ١٩١٧ (د ٩١٧ — ١ — ١٢٩) وقد استشهد به تلونفى ص ٦١

ولا يدل مثل هذا التسيب إلا على أن محكمة النقض تتأمل ما جرى عليه قاضي الموضوع في التكيف ، فإن رأت أنه قد جرى فيه على مقتضى ما استخلصه من نية العاقلين فإنها تنصرف عن رقابته ، إلا إذا اشتط في تفسير العقد وانحرف به عما تقتضيه طبيعته وجوهره وأدخله في متناول نوع من العقود هو أجنبي^(١) عنها فإنها حينئذ تنقض الحكم . أما إذا رأت أنه قد جرى في التكيف مجرى الاجتهاد في القانون فإنها تعكف على مداورة حكمه فتبرمه إذا صح وتنقضه إذا أخطأ .

١٠٩ - رأى محكمة النقض المصرية : ومحكمتنا تفرق بين الخطأ في التفسير والخطأ في التكيف ، فتعتبر أولهما خطأ واقعياً لاشأن لها في رقابته (بالقيود المتقدمة الذكر) ، وتعتبر الثاني منهما خطأ في القانون تبسط رقابتها عليه لهذا الاعتبار . ولها في ذلك أحكام تملو في وضوحها على أحكام محكمة النقض الفرنسية ، فقد قررت في حكم أصدرته في ٢ مارس سنة ١٩٣٣ : إن من حق محكمة النقض أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكيف القانوني لما تثبته في حكمها من الوقائع ، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكيف قد جاء موافقاً للقانون أو مخالفاً له ، كما أن من حقها أن تراقب ما إذا كانت محكمة الموضوع قد أغفلت الأخذ بالنصوص الواردة بالمستندات المقدمة لها وكان لها تأثير في مصير الدعوى ؛ فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض لزوجته بسبق مسجل بثمن معين أقر قبضه ، أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتري تبيح له فيه الانتفاع بالعين مدة حياته وتصرح فيه بأنه في حال وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه ، وتمسكت هي في دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيها عن ريع الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مانعاً للقيد المتعلق بالملكية الوارد في إقرار المشتري ومتما لمقد البيع بجميع أركانه ،

(١) هذه البارة كثيراً ماوردت في أحكام محكمة النقض الفرنسية .

زعماً بأنه بعد هذا التنازل تكون قد قلت ملكية الرقبة والمنفعة معاً إلى المشتري ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسابه تفسيراً لقصد البيع ولا لإقرار المشتري أو تنازل البائع وإتاما هو وصف وتكييف للقصد أغفلت الحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه في إقرار المشتري من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هي قبله ويكون للحكمة النقص أن تصحح تكييف هذا القصد على موجب قيام هذا المنصر الذي لا خلاف على ثبوته ولا على دلالة فتصبره وصية لا يعماً صحيحاً^(١) .

وقررت في حكم آخر أصلته في ٢٢ يونه سنة ١٩٣٣ : إنه وإن كان للحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود التي تطرح أمامها واستخلاص قصد الباعدين منها إلا أن تكييفها لهذه العقود وتطبيق نصوص القانون عليها يكونان خاضعين لرقابة محكمة النقض ؛ فإذا تعاقدا تاجران على الاتجار في القطن لمدة محدودة بشروط هي أن رأس المال يدفع أحدهما ثلثيه والثلث الباقي يدفعه الآخر الذي يكون عهدة النقدية والمستول وحده عن رأس المال والمتولى القيام بالعمل من شراء وبيع وتخزين وحلج ويساعده الأول طبقاً لتعليماته هو ، وأن الربح يقسم بنسبة الثلث لصاحب الحصة الكبرى نظير فوائد مبلغه وأجرة عمله ، والثلثين للثاني نظير خبرته ورأس ماله ، وأن صاحب الحصة الكبرى لا يتحمل شيئاً في الخسارة بل يرد إليه نصيبه في رأس المال ، ثم نص في هذا القصد على « أنه معتبر بصفة اتفاق عن عمل معين ، فشروط الشركة التجارية غير منطبقة عليه » ، كان هذا القصد بالرغم من اشتماله على هذا النص هو عقد شركة باطلة وفقاً لنص المادة ٤٣٤ من القانون المدني وليس عقد استخدام وقرض بفائدة ، لأن صاحب الحصة الكبرى في رأس المال لم يساهم في الشركة بعمل فني ولأن شريكه هو — بمقتضى عقد الاتفاق — القائم بالعمل كله^(٢) .

(١) ٢ مارس سنة ١٩٢٣ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٠٣ ص ٩٥ والمهامه ص ١٣ رقم ٤٩٠ ص ٩٩٢) .

(٢) ٢٢ يونه سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٣٠ ص ١٢٧ والمهامه ص ١٤ ق ١ رقم ٤٠ ص ٦٩) .

وقالت في حكمها الصادر في ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ : إنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أوفى إلى نية المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها ، إلا أنه إذا أدى بها هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفاً قانونياً خاطئاً فإن حكمها في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض^(١) ؛ ولذلك صححت العقد الذي أبطلته محكمة الموضوع باعتباره وصية — واعتبرته هي هبة مستقرة في صورة عقد بيع يصح صدورهما لوارث من مورثه .

وقالت في حكمها الصادر في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ : إنه إذا قضت محكمة الاستئناف بعدم انعقاد البيع بناء على أن عرض الوصي بيع عقار القاصر بدون تحديد ثمن معين لا يعتبر إيجاباً وعلى أن عرض الراسى عليه المزاىء الشراء يفترق إلى قبول المجلس الحسبى ، على خلاف الثابت بالأوراق والمستندات المقدمة من الطرفين والمسلم بها وبمعانيها من كل منهما ، فإنها تكون قد أخطأت في تكيف الوقائع الثابتة بالأوراق بحكم القانون وفي تطبيق حكم القانون على هذه الوقائع^(٢) .

وفي حكم آخر أصدرته في ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٤ — في قضية كان كل من الزوجين قد باع ما يملكه لزوج ، وكانت محكمة الموضوع قضت بأن العتدين وصية وأوقعت الفصل في نقاذها حتى يحكم المجلس الملى فى صحتها — قالت ، مستدلة بما جاء بالحكم المطعون فيه ، إن أياً من الزوجين لم يرد حقيقة الوصية التى هى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، وإن كلا منهما جعل وصية صاحبه سبباً فى وصيته هو لصاحبه ، فالواقع أن تصرفهما هو تبادل منفعة معلق على الخطر ، ولا غرض منه سوى حرمان وريثة كل منهما من حقوقهم

(١) ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥١ ومج ٣٣ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٨) .

(٢) ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٣)

الشرعية ، أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه ، ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه ، لأن لكل من الماقدين ورثة يمنع وجودهم من هذه الموالاة ، وترى المحكمة أنه من قبيل الرقى المحرمة شرعاً^(١) .

وهكذا ترى محكمتنا تبرز مرحلة التكيف وتراقب فيها قاضى الموضوع وتصحح له خطأه ثم تطبق حكم القانون على حاصل التكيف بغير إعادة لمحنة الموضوع .

المطلب الثالث — تطبيق قانون العقد

١١٠ — كان بجنا إلى الآن مقصوراً على معرفة ما إذا كان العقد يمكن اعتباره من ناحيتى التفسير والتكيف أنه من القانون أو لا يمكن . ولنبحث الآن فيما إذا كان يمكن اعتباره — من ناحية وجوب الأخذ به وتطبيقه — من القانون ، بحيث إذا لم يأخذ به قاضى الموضوع يكون حكمه معيباً يجوز الطعن فيه أمام محكمة النقض كما يجوز الطعن فى الحكم إذا بنى على مخالفة القانون (violation de la loi) ؟

الجواب على هذا لا إشكال فيه . ذلك لأنه ما دام المفروض فى هذه المرحلة الأخيرة أن قاضى الموضوع يكون قد أتم تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وعرف وجهة العقد وطبيعته ونوعه وفسر غامضه أو أول ظاهره تأويلاً محتملاً على مقتضى مقصود الماقدين وانتهى إلى معرفة حكم العقد فى المسألة المختلف على حلها ، وما دام القانون نفسه قد أوجب على الماقدين وعلى المحكمة الأخذ بأحكام العقد فيما يتنازعان فيه — ما دام الأمر كذلك فالأخذ بحكم العقد متعين بحكم القانون وفى عدم الأخذ به مخالفة للقانون نفسه . وإذن فاجتهاد قاضى الموضوع فى هذه

(١) ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٦٥ من ٢٠٥ والحاماة س

١٥ ق ١ رقم ٢١ س ٨١) .

المرحلة الأخيرة هو اجتهاد في تطبيق القانون نفسه ينبغي أن يخضع فيه لمراقبة محكمة النقض^(١).

وهذا النظر كما تراه يكاد يكون من البديهيات ، ولذلك قد سلم به أولئك المتشددون في وجوب ترك الأمر في تفسير العقود والاتفاقات والمحركات لقاضي الموضوع ، أشار إليه مرلان^(٢) وصرح به بونس^(٣) وجعله الأفوكاتو العمومي بول فافر^(٤) في مرامته .

١١١ - وكثيراً ما صرحت محكمة النقض الفرنسية - عند أخذها بمقتها في رقابة المسخ في المحررات - بأن ليس للمحاكم أن تنحرف عن الأخذ بقانون العقد مراعاة للعدل أو تظليماً لروح الإنصاف ، فإذا انحرفت وجب نقض أحكامها وإلزامها بأن تأخذ بقانون العقد^(٥) . ومن قضائها في ذلك قضاؤها في تقدير التضمينات المترتبة على عدم الوفاء وفقاً لما احتواه العقد من الشروط الجزائية^(٦) وقضاؤها بعدم الأخذ بنظرية حسابان الطوارئ^(٧) (théorie de l'imprevision) فيما لم يبلغ منها مبلغ الحوادث القهرية^(٨) ، وقضاؤها بعدم المدول عن قدر الأجرة

(١) ولا حاجة إلى بناء هذه الرقابة على المسخ ، لأن الفروض في هذه المرحلة (مرحلة إزال حكم القانون على فهم الواقع بعد تكيفه) أنه لم يبق إلا تطبيق حكم العقد مفسراً ، فلا امتناع عن تطبيقه يكون مخالفة لنس المادة ١٣٨ من القانون المدني القابلة لنس المادة ١١٣٤ من القانون الفرنسي .

(٢) Merlin : questions de droit V. papier monnaie P 591

(٣) كتابه السابق الرجوع إليه .

(٤) (د ١٨٦١ - ١ - ١٠٨) .

(٥) مارتى ص ٣١٢ وهامش ١ وفيه سلسلة الأحكام من سنة ٦٨ إلى سنة ١٩٢٤

(٦) ٤ يونيو سنة ١٨٦٠ (د ٦٠ - ١ - ٢٥٧) ودرر توار والوز تحت كلمة

obligations قرة ٨١٣ وما بعدها .

(٧) ٦ مارس سنة ١٨٧٦ (د ٧٦ - ١ - ١٩٣) ، ٦ يونيو سنة ١٩٢١

(س ١٩٢١ - ١ - ١٩٣) وتعليق هوجي Hugueny ورسالة الدكتور حامد زكي في النظرية

وتعليق الأستاذ فال على حكم ١٤ أغسطس سنة ١٩١٥ (د ٩١٥ - ١ - ١٧) .

للتحق عليها في عقد المساواة لغير مدة معينة^(١) .

١١٢ — ولحكمتنا المصرية حكم جليل بصدد نظرية حسابان الطوارئ^٢ ينت فيه وجوب الأخذ بحكم العقد فقالت « الالتزام العقدي لا ينتقض بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبري لا قبل للالتزم بدفعه والتحرز منه . فإن كان الحادث الطارئ لم يبلغ أن يكون كذلك بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب فلا ينتقض الالتزام . وإذن فالحكم الذي يقرر المساواة بين هذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ في كليهما ، زعماً بأن القانون المصري وإن لم يأخذ بنظرية انقاسخ الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن يتوقها العاقدان والتي تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين ، إلا أنه قد أباح الأخذ بها في بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الانصاف إلى ذلك ، وبأن نظريتي الإثراء على حساب الغير والإفراط في استعمال الحق يؤكد هذا النظر — الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون^(٣) » .

١١٣ — ينبغي أن تنبه في هذا المقام على أنه قد يمكن أن يصير عدم الأخذ بقانون العقد مخالفة حقيقية للقانون نفسه أو خطأ في تطبيقه ، بأن يكون النزاع في الدعوى على مسألة لم تخطر ببال العاقدين ويكون العقد غير معروف نوعه الذي يندرج هو تحت عمومه فيجهد القاضي في تكييفه فيدخله في متناول

(١) حكم ٦ مارس سنة ٢٦ (س ٧٦ — ١ — ١٦١) ، وتحصّر الدعوى في أن صاحب أرض التزم لآخر بئق أرضه بأجر معين ، ولم يحدد لعقد المساواة مدة ، فطالب بوجبة المترم ورثة المتق بعد ثلاثة قرون (الالتزام كان سنة ١٥٦٠) بزيادة الأجرة بناء على أنها لم تصبح بعد متناسبة مع مصاريف إصلاح المبنى وتميئتها فحكم بزيادتها ولما طعن في الحكم قضته محكمة النقض لمخالفته نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني ، وصرح في حكمها بأن هذه الحالة توجب الوفاء بالعهد وإن غاذه بغيرا على العاقدين ، وإنه لا يصح نقاض الموضوع أن يخالف العقد بأية علة ما (اقرأ التعليق التين على هذا الحكم) .

(٢) حكم ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ (الطلمانة سنة ١٢ ص ٧٢٢ ورج س ٢٢ رقم ١١٠ ص ٢١٠) .

النوع المناسب له فيصح اجتهاده فى ذلك ولكنه قد يخطئ فى فهم القاعدة القانونية التى تناولها من قواعد هذا النوع من العقود فيقع خطؤه عندئذ فى القانون نفسه .

تذييل

فى التفسير والتكييف فى جرائم الصحافة

١١٤ — قد بينا فيما أوردناه فى الفرعين السابقين الفرق بين تفسير الحرر وتكييفه بحكم القانون ، وكان لنا أن نكتفى بما ذكرناه من الأمثال والشواهد لولا أن لاحظنا اضطراب القضاء فى جرائم الصحافة . ورأينا أن فى إزالة اللبس بينهما تأنيساً عظيماً بنظرية التكييف ، ولذلك عقدنا هذا المبحث وإن كان الكلام فيه مما يتعلق بالتكييف فى التقضى الجنائى ، لأهميته ولأن التكييف واحد فى المواد الجنائية وفى المواد المدنية .

١١٥ — كانت محكمة التقضى الفرنسية فى عهدها الأول تسلم بسلطة قاضى الموضوع فى تفسير المقالات والصور والرموز المتضمنة سباً أو قذفاً أو إهانة أو تطاولاً أو عيباً أو لوماً أو تحريضاً أو قدحاً أو نشرأ لأخبار كاذبة إلى غير ذلك من جرائم الصحافة ، فكانت لذلك ترفض كل طعن يبنى على الخطأ فى التفسير ، وتصرح فى أحكامها بأن التفسير كله من وظائف قاضى الموضوع لا يخضع لرقابتها (١) .

ثم رأت فى سنة ١٨٣١ أن تفهم عبارات المقال وتحديد معانيه ومرامييه ، وما إلى ذلك من مطابقة هذه العناصر بعناصر التهمة وتحصيل ما يجب أن يوصف

(١) حكم ١٠٥ أكتوبر سنة ١٨٢٥ (س ٨٢٧ — ١ — ٣١) وبربرتوار دالوز

تحت كلمة مطبوعات Presse فقرة ١١٣٢

به ما اشتمل عليه ، إنما هو اجتهداد في التكييف يجب أن يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض . رأت ذلك عند نظرها الطعن المرفوع من النيابة في قرار هيئة الاتهام الصادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى في التهمة الموجهة إلى جازيت دى لانجدوك (La Gazette de Langdooc) وملخصها أن كاتباً اتهم بالطعن في نظام توارث العرش بأن نشر في الجريدة المذكورة مقالا تحت عنوان « الشريف الصغير المنفى » تضمن التنبؤ بأن هذا الصغير (ويقصد به الأمير دوق برودو) سوف لا يموت بعيداً عن فرنسا ، وسوف تتحقق أمنية أمه فيه في أسعد الأوقات « فيعود إلى حظيرة الملك » وطلبت معاقبته على نشر هذا المقال بنص المادة الأولى من قانون ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٣٠ . فأصدرت غرفة المشورة بمحكمة تولوز الابتدائية قرارها بأن لا وجه لإقامة الدعوى بناء على أن المقال لا يتضمن تحريضاً ولا طعنًا في نظام توارث العرش ، وأيدت هيئة الاتهام بمحكمة الاستئناف هذا القرار ، فطعن في النيابة أمام محكمة النقض ، فنقضته هذه المحكمة بحكمها الصادر في ٥ أغسطس سنة ١٨٣١ . وقد استهلت حكمها هذا بإيراد نص المادة الأولى من قانون ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٣٠ . ثم قالت إنه نص يتناول بعمومه كل طعن يوجه لهذا النظام مباشرة أو غير مباشرة فيتناول كل تنبؤ بأمنية تخالفه . ثم قالت « وإذا كان لا يصح تخطئة قاضى الموضوع فيما يقرره من التقارير بصدد ثبوت الجرائم على مرتكبيها ، أو عدم ثبوتها ، فإنه يصح الطعن بتخطئته في تكييف ما أثبتته من ذلك على الوجه الصحيح قانوناً » . ثم رجعت إلى المقال فقالت إن عباراته تدل على تمنى عودة الفرع البكر لأسرة البربون إلى عرش فرنسا ، ثم عرضت لما جاء بقرار هيئة المشورة من أن عبارات المقال لا تدل على أن التهم كان يتنوى التحريض على نظام توارث العرش ، وأن مجرد تمنى عودة سلالة الفرع البكر من أسرة البربون إلى عرش فرنسا لا يؤدي إلى قلب النظام الحاضر فعلا ، فقالت إن كل ما جاء من ذلك غير منتج ، لأن التهمة الموجهة للمتهم هي مجرد الطعن على نظام

توارث العرش بالمعنى المقصود من المادة الأولى من قانون ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٣٠ .
وبذلك هذا الحكم على أن محكمة النقض قد جرت في تكيف فهم الواقع في
الدعوى بحكم القانون على حقيقته من أنه هو رد هذا الفهم إلى حكم القانون
وإجراء حكم القانون عليه مما سبق شرحه في هذا الكتاب . فقد عرفت أولاً
الطنن في نظام توارث العرش ثم عدت التنبؤ بما يخالف هذا النظام طعنًا عليه ،
ثم أدخلت المقال موضوع التهمة في متناول هذا التنبؤ ثم بالتالي في متناول الطعن
في نظام توارث العرش فاستقام لها بذلك التكيف القانوني الصحيح ^(١) .

وقد اضطرت الأحكام بعد ذلك في بعض جرائم الصحافة ما ينيف على
ثلاثين عاماً ، ثم استقرت على القضاء بأن لمحكمة النقض الرقابة على قاضى
الموضوع في تفهم معانى الألفاظ والعبارات من جهة علاقتها بالقانون وتكييفها
بتوجيه . فقد جاء في حكم أصدرته في ٩ يناير سنة ١٨٦٤ « أن محكمة النقض
وإن كانت لاحق لها في التدخل في تحصيل قاضى الموضوع فهمه الواقعى في
الدعوى ، فإن حقها في الرقابة على فهم حكم القانون في هذا الواقع يجب فيما يتعلق
بجرائم الصحافة أن يمتد إلى المقال نفسه من ناحية تحديد معانيه وتبيين علاقته
بالقانون ، ذلك لأن من القانون أن تتحقق محكمة النقض باطلاعها على المقال
ومراجعتها إياه مما إذا كانت محكمة الموضوع وهى في سبيل تعرف وجهة المقال
وتحديد معانيه وصراميه وعلاقة ذلك بالتهمة المنتزعة منه ، قد أخطأت في
التفسير فمسخت المقال ووقعت بذلك في مخالفة القانون أو في الخطأ في تطبيقه ،
أو أنها لم تخطئ في ذلك . ثم قالت إنها مع ذلك لا تتدخل في التفسير إلا إذا
كان قائماً على عناصر المقال المكونة له (ses éléments intrinsèques) أما

(١) حكم ٥ أغسطس سنة ١٩٣١ (س ٣٢ - ١ - ١٠٢) وقد سبقت منا الإشارة
إلى هذا الحكم عند الكلام عن نظرية التكيف ، وقلنا إنه منذ صدوره أخذت محكمة النقض
تراقب التكيف على مضمون القانون (فقرة ٦٢ من هذا الكتاب) .

إذا كان التفسير قائماً على ظروف الدعوى الخارجة عن المقال (sur les circons-
tances extrinsèques) فإنها لا تتدخل فيه ^(١).

وأنت إذا استبعدت كلمة المسخ (dénturation) التي جاءت في أسباب
الحكم بمعنى الخطأ في التكييف على ما يظهر، تبين لك أن مذهب محكمة النقض
قائم على التفرقة بين تكييف عناصر المقال ومحتوياته بحكم القانون وبين تكييف
ما هو خارج عن المقال بحكم القانون كذلك، ثم على القول باختصاصها برقابة الأول
منهما دون الثاني، وأنها إذ تراقب التكييف الأول منها تشرف على تفسير المقال
سواء أ كان المقال واضح العبارة أم غامضاً وسواء أ كان وجه التفسير الذي
أخذ به قاضى الموضوع محتملاً ومقبولاً أم غير محتمل ولا مقبول، وعلى العموم
فإنها تنفى أولاً بنهم المقال وتحديد مراميه ثم تكييف حاصل فهمه بحكم القانون.
ويقول مارتى في نقد هذه الرقابة التي تنتحلها لنفسها محكمة النقض الفرنسية
إنها ليست هي رقابتها المعروفة على المسخ، لأنها لا تفرق فيها بين كون المقال
(موضوع التهمة) ظاهر المخفى أو غامضه، كما لا تبحث عما إذا كان ما جاء به
قاضى الموضوع من تفسير للمقال مقبولاً أو غير مقبول، وإنما تبتدىء هذه الرقابة
بتفسير المقال وتحديد مراميه ثم تكيّفه مفسراً على ما رأت هي لا على ما رآه

(١) راجع ٩ يناير ١٨٦٤ (س ٦٤ - ١ - ٤٩) وقد قالت فيه محكمة النقض
بأن لما لحق في الرجوع إلى المقال لتقدير ما إذا كان يتضمن أو لا يتضمن أخباراً مكذوبة من
شأنها تكدير السلم العام. وحكمها الصادر في ٣١ يناير سنة ١٨٧٧ (س ٧٨ - ١ - ١٧١
وتحرير المنشأ Almérás Latour) لتقدير ما إذا كان السب موجهاً لشخص بسبب أداء الوظيفة
أو غير سببها، وقد جاء فيه أن هذه المسألة قانونية، وأنه لذلك يكون لمحكمة النقض مراجعة
المقال والأخذ بحكم القانون إذا كان قاضى الموضوع لم يستند في التوجيه الذى أخذ به إلا إلى المقال
نفسه، أما إذا كان قد استخلص هذا التوجيه من عناصر التحقيق الخارجة عن المقال فإن رأيه
يكون نهائياً. وحكمها الصادر في ٣ فبراير سنة ١٨٧٧ (س ٧٧ - ١ - ١٨٩) وتحرير
المنشأ Chiriot) لمعرفة ما إذا كان المدعى بالحق المدعى هو أو غيره الذى قصد التعريض به في
المقال، إلا إذا كان قاضى الموضوع قد اعتمد في تحصيل فهمه على ما احتلصه من عبارات المقال
وظروفه التى يبينها في الحكم. وراجع حكمها في ١٦ فبراير سنة ١٨٩٣ (س ٩٤ - ١ -
٢٥ وتعليق M. B) وحكمها في ٥ يولييه سنة ١٩١٧ (س ٩٢٠ - ١ - ١٨٧).

قاضى الموضوع ثم تنزل على حاصل التكييف حكم القانون ، ولا تأخذ بما يثبت هذا القاضى من ذلك إلا إذا كان قائماً على ما هو خارج عن المقال من الظروف .

هذا هو أصل مذهب محكمة النقض الفرنسية فى تكييف جرائم الصحافة . ولكنك قد تلاحظ أنها مع ذلك قد تتعرض أحياناً إلى ما يكون قاضى الموضوع قد قرر ثبوته وتوافر أركان التهمة فيه أو عدم توافرها ، بالرغم مما يظهر فى أسباب حكمه من أنه قد استخلص تقريراته هذه من عناصر التحقيق الخارجة عن المقال موضوع التهمة ، وذلك متى تبين لها أن هذه التقارير تناقض محتويات المقال ومراميها مناقضة ظاهرة تستوجب نقض الحكم^(١) .

ولا فرق فى نظرنا بين التكييف يقع على حاصل ما تشهد به عبارات المقال الحاضرة أمام محكمة النقض فحسب ، أو يقع على حاصل ما تبينه قاضى الموضوع من ظروف الدعوى وأحوالها الخارجة عن المقال . لأن التكييف فى الحالين هو — على ما قدمنا — رد حاصل فهم الواقع فى الدعوى ، أيا كان مصدره ، إلى حكم القانون بإدخال هذا الحاصل فى عموم القاعدة القانونية الواجب الأخذ بها فيه . وإذا قيل إن قاضى الموضوع فى الحالة الأولى يثبت فى حكمه عبارات المقال التى تحتوى جميع عناصر التهمة ثم يكيف حاصل كل عنصر منها بما يقابله من عناصر الجريمة التى يصح انطباق التهمة عليها ، وأنه فى الحالة الثانية يبتدىء باستخلاص عناصر التهمة من المقال ومن ظروف الدعوى وأحوالها ثم يثبت ما استخلصه ثم يكيفه — إذا قيل هذا قلنا إنه لا يترتب عليه أن يصير التكييف فى هذه الحالة الأخيرة موضوعياً لا تراقبه محكمة النقض ، لأن التكييف فى الحالتين لا يحصل إلا بعد التثبت من وجود عناصر التهمة فى الواقع أو عدم وجودها ، ولا يغير من

(١) راجع حكم ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٦١ (١٨٦٢ — ١ — ٥٣) وملحق دالوز تحت كلمة Presse قرة ٢٠٠٨ والمراجع التى بها .

أمره أن تثبت هذه العناصر من المقال وحده أو من ظروف الدعوى الخارجة عن المقال^(١).

١١٦ - **مذهب محكمة النقض المصرية** : كانت محكمة النقض المصرية تحذو حذو محكمة النقض الفرنسية في الرقابة على تفسير المقالات والرسوم والصور والرموز وتكييفها بحكم القانون ، ولعل أوفى أحكامها في بيان مذهبها هذا حكما الصادر في ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ في الطعن نمرة ٨٨٥ سنة ٤١ قضائية المرفوع من النيابة عن حكم محكمة الجنايات القاضي ببراءة جريدة اللواء المصرى من تهمة العيب في حق ذات حضرة صاحب الجلالة ملك مصر بنشرها مقالاً تحت عنوان « الأمير الفريد » أسندت فيه إلى حضرة صاحب الجلالة بطريق التعريض ما احتواه هذا المقال من عبارات مهينة يصعب صرفها إلى غير حضرته . وقد استهل هذا الحكم بأن النيابة تبني طعنها على أن محكمة الجنايات قد اعتبرت المقال المنشور تحت ذلك العنوان بجريدة اللواء المصرى بالعدد رقم ٤٢٧ لا يشمل جريمة يعاقب عليها القانون ، ثم قال « ومن حيث إن المقرر عند علماء القانون وفي كثير من أحكام المحاكم الفرنسية أن لمحكمة النقض والإبرام في الجرائم الصحفية حق مراقبة محكمة الموضوع في تفسير ما ينشر في تلك الصحف وتحديد معاني ألفاظه ، والمحكمة في ذلك ظاهرة وهي وجود جسم الجريمة أمام محكمة النقض كما كان أمام محكمة الموضوع ، وهو كل ما يلدور عليه البحث في هذا النوع من الجرائم - بخلاف باقي الجرائم الأخرى حيث يشمل البحث فيها أموراً أخرى كشهادة الشهود والظروف المحيطة بالدعوى مما تترك عادة أثراً في تكوين اعتقاد قاضى الموضوع وليس لمحكمة النقض والإبرام أى سبيل إلى التدخل فيه - اللهم إلا إذا استندت محكمة الموضوع إلى أمور أخرى غير موضوع المقال » ثم قال

(١) راجع في نقد مذهب محكمة النقض بصدد حكم ١٣ ديسمبر سنة ١٨٧٧ (س ٧٨ - ١ - ١٨٩) شوفر من ٧٢ وما بعدها ، ومارتى من ٣٢٦ هامش (٢) .

« إن البحث في موضوع المقال واستظهار ما قد يكون فيه من الأمور المعاقب عليها يقتضى الذهاب في تأويل معانيه إلى تعيين من هو المقصود بالمطاعن ، إذ أن مراقبة محكمة الموضوع عن وجود الجريمة أو عدم وجودها قد لا يمكن إتمامها إلا بهذا التعيين » ثم قال « إن المحكمة بإطلاعها على المقال موضوع الدعوى تبين لها أنه يشمل العبارات المبينة في تقرير الاتهام وأنها في مدلوها تسند العيب إلى الذات الملكية التي تعينت من مرامي ألفاظ عبارات ذلك النقل إلى حد يصعب صرفها إلى غير صاحب هذا المقام » ثم عاد إلى الحكم المطعون فيه فقال « لا عبرة لاستناد محكمة الجنايات إلى ماضى التهم كاتب المقال مدلة على حسن نيته ، إذ مجرد نشر عبارات العيب مع العلم بمضمونها يقطع بسوء النية وتكون محكمة الموضوع بناء على هذا لم يكن بها حاجة إلى الخروج عن موضوع المقال » ثم انتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه واعتبار التهمة جنحة يعاقب عليها القانون بنص المادة ١٥٦ عقوبات .

أست ترى أن محكمتنا تقرر في هذا الحكم أن للجرائم الصحفية شأنًا في التكليف يختلف عن شأن الجرائم الأخرى ، وأن العلة فيه أن المقال المنشور المائل أمام محكمة النقض مثوله أمام محكمة الموضوع هو جسم الجريمة الصحفية ، وهو الذى يبحثه قاضى الموضوع وفسره وحصل منه فهم الواقع فى الدعوى ، وأنه لذلك ينبغى لمحكمة النقض أن تراقبه فى تفسير المقال وتكليفه لاستظهار ما قد يكون فيه من الأمور المعاقب عليها قانوناً ومن تعيين من هو المقصود بالمطاعن التى احتواها هذا المقال . أأست تراها بقولها « اللهم إلا إذا استندت محكمة الموضوع على أمور أخرى فى موضوع المقال » تزعم الابتعاد عن رقابة التكليف إذا حصل قاضى الموضوع فهمه من ظروف الأحوال الخارجة عن المقال كما ابتعدت عن هذه الرقابة محكمة النقض الفرنسية . وجملة القول أن محكمتنا قد عذرت فى هذا الحكم جذو محكمة النقض الفرنسية فيما ذهبت إليه من بسط رقابتها على

تفسير المقال وتكييفه ، بل لقد صرحت فيه أنها تستشهد فيه بالفقرتين ١٣٠٩ ، ١٣١٠ من كار بنيتيه .

ثم في حكمها الصادر في ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤^(١) في الطعن نمرة ١٧٤٤ سنة ٤١ قضائية قالت بصدد بحثها في الطعن المرفوع من النيابة عن حكم محكمة الجنايات القاضي ببراءة المتهم من تهمة القذف « إنها مع التسليم بما لمحكمة النقض من الحق في الاطلاع على المقال موضوع التهمة وتحديد معنى ألفاظه توافق على ما رأته محكمة الجنايات من أن المقال المشار إليه لا يمكن اعتباره قذفاً أو سباً أو إهانة » ثم قالت — عند بحث وجوه الطعن المقدمة من المتهمين عن الحكم الصادر عليهم بالعقوبة في جريمة قذف وسب آخرين — إن المقالات المشار إليها لم تكن موجهة إلى هيئة مجلس النواب بل إلى أعضائه الذين واقفوا على تقرير المكافأة البرلمانية باعتبارها ٦٠٠ في جنيه السنة (وهم الذين يؤلفون الأكثرية) وإنها لا ترى الأخذ فيها بالمبدأ الذي قرره محكمة الجنايات وهو أن عبارة الهيئات النظامية الواردة بالمادة ١٦٠ من قانون العقوبات يجوز أن تطلق على فريق من مجلس النواب . ولذلك رأت هي وجوب اعتبار المقالات المذكورة موجهة إلى أشخاص معينين وتطبيق المواد ١٥٩ و ٢٦٢ ، ٢٦٥ عقوبات لا المادة ٢٦١ منه ، ثم بحثت فيما إذا كانت عبارات المقالات قد تملت حدود النقد المباح أو لم تمتدها وهل كان كاتب المقال حسن النية أو سيئها فقالت « إنها لا تأخذ في الدعوى الحالية بما قرره محكمة الجنايات من أن سوء القصد مفروض وجوده قانوناً بل إن لها أن تبحث جميع ظروف الدعوى لمعرفة ما إذا كان قصد

(١) المحاماة سنة ٥ رقم ١٨٦ ص ٢٠٣ . وكان مبنى طعن النيابة أن المقال يعتبر قذفاً أو سباً ، وإن لم يمكن اعتباره قذفاً ولا سباً فعلى الأقل هو مكون لجرعة الإهانة ، فتحكمة النقض بعد أن بينت أن القانون أراد أن يطبق على نشر الألفاظ التي تخشع لملوس الأشخاص سواء أ كانت تلك الألفاظ تعتبر قذفاً أو سباً أو إهانة ، رأت أن المقال لا يحوى شيئاً من هذه الجرائم ولذلك رفضت الطعن .

ناشر المقالات هو مجرد منفعة البلاد أو مجرد الإضرار بالأشخاص المطعون فيهم» ثم انتهت من هذا البحث إلى القول بأنها رأت أن المقالات التي حكم من أجلها على طالب النقض لا تشمل ما يبرر الحكم عليه بالعقوبة، وأن النيابة لم تقم الدليل على سوء نيته .

وبدل هذا الحكم على أن محكمة النقض لا تقرر حقها في الاطلاع على المقال موضوع التهمة لتحديد مراميهِ ومعانيهِ فحسب، بل للتحقق مما إذا كانت عبارات المقال يمكن اعتبارها أنها تتضمن إهانة في حق هيئة نظامية أو في حق بعض أشخاص معينين باعتبارهم قائمين بخدمة عامة، ولمعرفة ما إذا كان ناشر المقال تعدى حدود النقد المباح أو لم يتعدّها، وما إذا كان رائده في النقد هو المصلحة أو مجرد الاستضرار . وبالجمله فقد رأت محكمة النقض أن تراقب التكيف كله وتعتمد في هذه الرقابة لا على عبارات المقال فحسب، بل على جميع ظروف الدعوى .

وهذا الحكم جيد التعبير جرى في تكيف فهم الواقع من المقال بحكم القانون على أحسن أسلوب : ابتداءً بتحديد معنى عبارة « الهيئات النظامية » الواردة بالمادة ١٦٠ من قانون العقوبات ثم طبق هذا المعنى على حاصل المقال فلم يجده ينطبق على المطعون في حقهم (حزب الستائة) ثم عرف سوء القصد في الطعن على الخصوم السياسيين ، ثم طبق هذا التعريف على الدعوى فلم يجده منطبقاً، ولذلك كان ختام الحكم أن النيابة لم تقم الدليل على أن التهم كان سيئ النية بهذا المعنى ^(١) .

وفي سنة ١٩٢٩ رأت محكمة النقض أن تؤسس مذهبها في تكيف جرائم النشر على أساس آخر فقالت في حكم أصدرته في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ « إن

(١) راجع حكم أول مايو سنة ١٩٢٨ (في الطعن رقم ٣٢٣ سنة ٤٥ ق المرفوع من جريدة الاتحاد) وحكم ٢٣ مايو سنة ١٩٢٨ (في الطعن رقم ١٦٣ سنة ٤٥ ق المرفوع من محرر جريدة السياسة) في تحديد اليوم والليل في ذات ولي الأمر .

طعن النيابة مبنى على أن محكمة الجنايات — إذ اعتبرت أن ما وقع من التهم هو من النقد المباح المصحوب بحسن النية — قد أخطأت في تطبيق القانون » ثم أخذت تبخه فقالت « وحيث إن الحكم المظنون فيه قد أثبتت نشر مقالات بعينها وأن الناشر لها هو المتهم فواقعة نشر التهم لهذه المقالات بعينها هي الواقعة الثابتة في الحكم ، ومعرفة ما إذا كانت تلك الواقعة كما أثبتتها المحكمة يعاقب عليها القانون كما تقول النيابة أو لا يعاقب كما ذهبت إليه محكمة الجنايات ، هي من اختصاص محكمة النقض لدخولها في مدلول الحالة الثانية من الأحوال الثلاثة المنصوص عليها في المادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات ، ومن البدهى أن محكمة النقض يستحيل أن تؤدي واجبها من تعرف ذلك إلا ببحث تلك المقالات التي هي من ضمن الواقعة الثابتة بالحكم أو بتفهم معاني عبارتها ومراميتها ثم وصفها بما تستحق قانوناً من نقد مباح أو سب محرم » ثم قالت « وحيث إنه بالاطلاع على المقال المنشور بالعدد كذا وجد أنها معنونة هكذا (سفيران يحطآن بكرامة دولتهما)^(١) وقد بدأها الكاتب برواية خبر منقول عن جريدة المقطم يتضمن أن وزير إيران المفوض بمصر أقام مأدبة لوزير مصر المفوض بإيران ، وأن كلا الوزيرين شرب في نخب الآخر ، ثم علق الكاتب على هذا الخبر بالاستفهام عما شرباه ، وقال إن الشرب في هذا الزمن لا ينصرف إلا إلى الوسكي والشمبانيا وما أشبه مما حرمة الله ورسوله ، وإنه كان من الواجب على الوزيرين مراعاة حرمة الدين في الحفلات الرسمية . ثم استطرد في النعي على شاربي الخمر إلى أن قال فليتنق الله السفيران في كرامة دولتهما » . وحيث إن الخبر على ما نقله كاتب المقال لم يكن سوى أن كلا من الوزيرين شرب في نخب الآخر ، ولم يرد به نوع للمشروب إن كان خمرًا أو ماء قراحا ، فالكاتب الذي يدعى الدفاع عن الدين ... عمد إلى الاستفهام التوبيخي عن نوع المشروب ، ثم رد على نفسه بأنه لا يكون

إلا خراً ، وتخلص من هذا التصل والتمخص الذهني إلى النقي على السغير بأنه لم يراع حرمة الدين في الحفلات الرسمية ولم يتق الله في كرامة دولته . ولا شك أن كل ذلك يشتمل سباً صريحاً متعمداً ، لأنه مجرد انتقاد مباح على شاربي الخمر كما تقول محكمة الجنايات » ثم التفت محكمة النقض إلى حكم محكمة الجنايات فقالت « إن محكمة الجنايات بعد أن قررت أن عمل المتهم لا جريمة فيه بل هو من النقد المباح ، لزمها منطقياً وبطبيعة الحال اطراح البحث في القصد الجنائي لجريمة السب أموجود هو أم غير موجود ؛ وكل ما قالته ان هذا النقد المباح إذا كان به شيء من المبالغة فبحسن قصد دفعت إليه البيئة والوسط اللذان نشأ المتهم وعاش فيهما (أي بيئة الأزهر على ما يعلم من محضر الجلسة) . وقول المحكمة هذا مسلم به لو أن المقال غير محتو إلا مجرد انتقاد على شاربي الخمر كما ذهبت إليه ، أما على الفهم الذي فهمته محكمة النقض من هذا المقال فإن الأمر في ذلك ينمكس ، إذ الواقع أن أهل الأزهر وخطاهم في البيئة وعشراءم في الوسط هم من أحرص الناس على الأتيار بما يتلى عليهم من القرآن الكريم وقول الرسول الكريم فالبيئة والوسط اللذان تستنتج منهما المحكمة دليل حسن القصد من المبالغة في مباح النقد لا ينضحان إلا بنقيض ذلك فيما كان من المتهم على الوجه الذي فهمت محكمة النقض مقاله عليه » ، ثم انتهت باعتبار المقال متضمناً سباً معاقباً عليه بالمواد ١٦١ و ١٥٨ و ١٤٨ من قانون العقوبات .

ألا ترى في هذا الحكم أن محكمة النقض كأنها تقول إن سلطة قاضي الموضوع التي لا معقب عليها في جرائم النشر تنحصر في إثبات حصول نشر المقال موضوع التهمة وفي أن الناشر له هو المتهم . أما تكيف ما تضمنه المقال لمعرفة ما إذا كان يعاقب عليه القانون أو لا يعاقب فهو اجتهد في القانون ، وهو لذلك من اختصاص محكمة النقض لدخوله في مدلول الحالة الثانية من الأحوال المنصوص عليها في المادة ٣٢٩ من قانون تحقيق الجنايات ، وأن لها لذلك أن تبحث المقال

باعتبار أنه من ضمن الواقعة الثابتة بالحكم ، وتضمن معاني عباراته ثم تصفها بما تستحق قانوناً أن توصف به ؟ ثم ألا تراها تقول إنها اطلمت على المقال فوجدت أن به كيت وكيت ، ثم قالت إن كل ذلك يشمل سباً صريحاً معصداً لا مجرد نقد مباح ؟

ولقد كان خيراً لهذا الحكم أن يستمد عن القول بأن لمحكمة النقض أن تصفهم عبارات المقال ثم تصفه بما يستحق قانوناً أن يوصف به ، حتى لا يشتم منه أنها تراقب قاضى الموضوع فى تفسير المقال أولاً ثم فى تكييفه بحكم القانون ثانياً ؛ لأن خطأ حكم محكمة الجنايات لم يكن إلا فى تكييف عنصر الإسناد وهنصر القصد الجنائى بما لهدين المنصرين من تعريف فى القانون . وقد أبرزت محكمة النقض هذين الخطأين فقالت إن الكاتب بدأ مقاله برواية خبر منقول عن جريمة المقلم يتضمن إقامة للمأذبة وشرب كل من الوزيرين فى نخب الآخر ، ثم عد إلى الاستفهام التوبيخى عن نوع المشروب ثم رد على نفسه بأنه لا يكون إلا خمرأ ثم تخلص من هذا التعلل والتمحض النهى إلى النعى على السفير بأنه لم يراع حرمه الدين فى الحفلات الرسمية ولم يتق الله فى كرامة دولته ، فأبرزت بذلك خطأ الحكم فى عدم الاعتداد بهذا الأسلوب لاعتبار المقال محتوياً سباً متعمداً لا مجرد انتقاد مباح على شاربى الخمر . وكذلك أبرزت محكمة النقض خطأ حكم محكمة الجنايات فى اطراح بحث القصد الجنائى على ما سبق ذكره . والخلاصة أن محكمة النقض لم تنع على قاضى الموضوع فى واقع الأمر ، إلا خطأه فى التكييف على ما سلف الذكر .

ثم أخذت محكمتنا تتبع مذهبا هذا فى الأحكام التى أصدرتها بعد ذلك :
(١) فى حكمها المؤرخ فى ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ فى الطعن رقم ٧٩٢ سنة ٤٦ قضائية الصادر فى الطعن المرفوع عن حكم أصدرته محكمة مصر الاستئنافية بتبرئة طالب كان قد اتهم بالصياح فى مقهى عام وفى الطريق العام بقوله « تسبقت

الوزارة الحالية لتسقط الوزارة المستبدية « قائلة إن ما نسب إلى المتهم قد صدر منه حقيقة ، ولكنه لا يقع في متناول المادة ١٦١ عقوبات لأن مثل تلك العبارات لا يراد بها إلا طلب تخلي الوزارة عن الحكم أو تخي ذلك ، ولأن القصد الجنائي فيها منعدم . قالت محكمة النقض في حكمها هذا « إن هذه العبارات التي صدرت من المتهم فيها مساس بشرف الوزارة وكرامتها ، وهي عبارات جارحة تحمل في ذاتها سوء النية وتدل عليه بلا حاجة لدليل آخر ، وإنها بذلك تكون جريمة الإهانة المعاقب عليها بالمادة ١٦٠ عقوبات » على ما سبق لها شرحه بحكمها الصادر في ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ في القضية المدنية رقم ٧٩٢ سنة ٤٦ قضائية .

(٢) وفي حكمها المؤرخ في ١٤ مايو سنة ١٩٣١ في القضية رقم ٣٦ سنة ٤٨ قضائية^(١) الصادر بشأن تكييف الصور الرمزية والمقالات المتضمنة السب والتذف في حق بعض الوزراء بسبب تأدية وظائفهم ، فقد جاء به أنه اتضح لمحكمة النقض من الاطلاع على الصور الرمزية والمقالات أنها كلها سلسلة واحدة رمى بها المتهم إلى الطعن في حق بعض الوزراء بسبب تعديل قانون الانتخاب وطريقتهم في حكم البلاد ، كما جاء فيه أنه تبين للمحكمة من الحكم المطعون فيه أن محكمة الجنائيات صرفت النظر حقا عن ذلك الارتباط الوثيق بين أجزاء العدد الرابع المتقدم الذكر ، فبحث فيما اشتمل عليه من صور ومقالات ، صورة صورة ومقالا مقالا ، عما إذا كان كل واحد منها يشتمل في الواقع على ما يربطه بتصرفات تتعلق بوظيفة الوزراء المعتدى عليهم أو لا يشتمل ، فكان من نتيجة هذا النظر أن اعتبرت أن ما في البعض منها قد مباح ، وأن ما في البعض الآخر سب « فاختلف بذلك على المحكمة إعطاء الوصف القانوني الصحيح لمقال جريمة الإهانة المسندة للمتهم ، ووقع الخطأ في تطبيق القانون » .

(٣) وفي طعن قدمته جريدة السياسة نبى على أن الحكم المطعون فيه قد

جاء خلوا مما يثبت توافر سوء التصدد بالمعنى الذى قررته محكمة النقض حيث لم يذكر به إلا أن نشر المقال كان لغرض مهم هو الدفاع عن أموال الدولة ، ولغرض آخر أهم منه هو التشهير بالوزراء ، وهذا يقتضى اعتبار المتهم حسن النية مادام قد ظهر لمحكمة الجنايات^(١) أن من أغراض الناشر الدفاع عن مصلحة عامة . فى هذا الطعن قالت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٣٢ « إن هذا الوجه مردود بأنه لا مانع يمنع اشتغال المقال الواحد وما يتبعه من رسوم وغيره على عبارات يكون الغرض منها الدفاع عن مصلحة عامة ، وأخرى يكون الغرض منها التشهير ، وللمحكمة فى هذه الحالة أن توازن بين قصد التشهير وقصد الدفاع عن المصلحة العامة ، وتقرير أيهما كانت الغلبة له فى نفس الناشر حين نشر المقال المؤاخذ به . ولا محل للقول بأن حسن النية يجب أن يقدم فى كل الأحوال على ما عداه » . ثم قالت « وقد أفاض قاضى الموضوع فى هذا البحث ، وبين القاعدة التى رآها أولى بالتطبيق فى مثل هذا المقام (وهى إذا تبين أن غرض الكاتب الأول هو التذف فى خصومه أو التشهير بهم وإهاتهم ، أخذ بهذا القصد وتعين فصل السب عن الموضوع الواقع عليه الجدل وتوقيع العقاب) و بتطبيق هذه القاعدة على الدعوى الحالية رأى ثم ختم هذا البحث بقوله إن قصد الضرر ظاهر لا يحتاج إلى دليل آخر . ومن ذلك يبين أن الحكم المطعون فيه قد غلب سوء نية الطاعن فيما نشر ، فلا محل للقول بخلوه مما يفيد ذلك »^(٢) .

ثم عادت محكمة النقض إلى تأصيل مذهبها فى حكمها الذى أصدرته بتاريخ ١٤ مارس سنة ١٩٣٢^(٣) فى الطعن الذى قدمته النيابة فى حكم محكمة جنايات مصر القاضى بتبرئة محام اتهم أولاً بالتحريض على كراهية نظام الحكومة المقرر

(١) فى الطعن رقم ٥٢ سنة ٢ قضائية المقدم من مدير جريدة السياسة .

(٢) فى الطعن رقم ٥٣ سنة ٢ قضائية .

(٣) فى الطعن رقم ٦٦ سنة ٢ قضائية المقدم من النيابة ضد حسن ائدى عبده خليل

النحاس (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٣٣) .

في القطر المصري بتوزيعه نشرات مطبوعة ذكر فيها أن الحكومة استخدمت دستوراً جديداً تأبى كرامة الناس طاعته واحترامه ، واتهم ثانياً بإهانة هيئة الوزارة علناً بأن نسب لها في تلك النشرات المطبوعة التي وزعها أنها قتلت الحريات واستباححت الحرمات وأن عهداً عهد ظلم وطفان وغدر . استهلت محكمة النقض حكمها هذا ببيان الواقعة التي حوكم للتهم من أجلها ، ثم بحثت عن معنى عبارة « نظام الحكومة المقرر في القطر المصري » وانتهت فيه إلى وجوب صرف هذه العبارة الواردة في المادة ١٥١ إلى ما يشمل تفاصيل النظام الحكومي بحسب ما هو عليه في الدستور القائم الذي هو الموطن الوحيد لتقريرها ، ثم نمت على حكم محكمة الجنايات خطأً في اعتبار أن هذه العبارة لا معنى لها إلا الأساس النوعي لذلك النظام ، كما نمت عليه ما تخلص به هذا الحكم إلى القول بأن التهم هو من أشد أنصار الحياة النيابية وأنه لم يقصد قط محاربة النظام النيابي أو هدمه وإنما هو يرى أن الدستور القديم كان يحقق الحياة النيابية بشكل أكل وأن الدستور الجديد قد انتقصها فهو يريد أن يعدل بهذا إلى ذلك ، وأن هذه المفاضلة لا تعتبر تحريضاً على كراهة نظام الحكم المقرر في البلاد وهو الحكم النيابي . وانتهت من تخطيطته في ذلك القول بأن ما نسب إلى التهم من العبارات الواردة في المنشور تعتبر يقيناً تحريضاً على كراهة النظام الحكومي المقرر في القطر المصري مما يقع تحت نص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ عقوبات . ثم ذكرت وجوه الطعن الأخرى التي تتركز جميعاً في أن خطأ محكمة الجنايات في تبرئة التهم من تهمة إهانة الوزارة يرجع إلى قتلين أخذت فيهما برأى غير صحيح ، الأولى أنها أولت مراعى التهم فيما كتب في حق هيئة الوزارة بأنها قد مباح يصح التسامح فيه واستخلصت من ذلك حسن نيته فيما فعل ، والثانية أنها جعلت للعبارات التي صدرت من التهم مردداً من الوقائع وأن هذه الوقائع يصح قانوناً للتهم أن يشتبها ؛ وأخيراً اعتبرت سكوت النيابة على قهها دليلاً قانونياً على ثبوتها . وفي ذلك قالت

محكمة النقض « إن العبارات الواردة في المنشور في غاية الإقذاع ، وقد جاءت بأسلوب علم لا تبرز فيه واقعة معينة بالذات يمكن القول بأن المتهم كان يقصدها ، ومن أثرها أن تصور في خيال القارئ أفدح المكاره وأزرى الصفات التي يمكن أن تسند إلى هيئة الحكم في البلاد فهي تشهير صريح لا يقبل القول فيه بحسن النية ، ولا يسوغ الاعتراض بأن واقعة استحداث الدستور هي واقعة معينة واردة في صلب المنشور ، وأنها تميز رمى الوزارة بما رماها به المتهم من استباحة المحرمات ومن الظلم والظنيان والفدر ، لأن قيام هذا الدستور بالتعمل ووجوب طاعته واحترامه وعقاب من يحاول التحريض على كراهته يجعل الهيئة التي أصدرته بمنحى من كل تعريض بكرامتها ويجعل من يهينها مستحقاً للعقاب . ولا محل هنا للقول بسلامة النية أو بسوئها مادام الموضوع طعنًا وتشهيرًا فيما يعصم القانون الجنى عليه من كل عيب وتجريح » . ثم قالت بعد ذلك « إن القضاء استقر على أن لمحكمة النقض في جرائم النشر تقدير مرامي العبارات التي يحاكم عليها الناشر لأنه ، وإن عد ذلك في الجرائم الأخرى تدخلًا في الموضوع ، إلا أنه في جرائم النشر وما شابهها يأتي تدخل محكمة النقض من ناحية أن لها بمقتضى القانون تعديل الخطأ في التطبيق على الواقعة بحسب ما هي مثبتة في الحكم ، ومادامت العبارات المنشورة هي هي بمينها الواقعة الثابتة في الحكم صح لمحكمة النقض تقدير علاقتها بالقانون من حيث وجود جريمة فيها أو عدم وجودها ، وذلك لا يكون إلا بتبين مناحيها واستظهار مراميتها » .

ولاشك عندنا في أن ما جاء بهذه الهيئة الأخيرة من أن لمحكمة النقض أن تتدخل في جرائم النشر على خلاف القياس لتعديل الخطأ في تطبيق القانون هو تعبير لا يسلم من الاعتراض ، لأن محكمة النقض إذ تنظر في تكييف الثابت من وقائع الدعوى (والواقع في جرائم النشر هو المقال المنشور) لا تتدخل حقا في الموضوع بالمعنى المعروف لهذا اللفظ ، وإنما تستدرك ما وقع فيه قاضى الموضوع

من خطأ في التكييف وفي تطبيق القانون . أضف إلى هذا أن ما بحثته المحكمة من المسائل في هذا الحكم جميعها من المسائل القانونية كما رأيت : بحثها لأنها من العناصر القانونية المكونة للجريمة ، ثم أنزات حكمها القانوني على العبارات الواردة بنشور التهم فنقضت الحكم المطعون فيه .

ويدلك على سلامة هذا المعنى عند محكمة النقض حكمها الذي أصدرته في ٣١ مارس سنة ١٩٣٢^(١) (في القضية المشهورة بقضية الخطابات المزورة) حيث صرحت فيه مراراً بأنها لا تتدخل فيما كان من سلطة قاضي الموضوع الفصل فيه نهائياً وبأن مراقبتها تنحصر في إبراز أخطاء التكييف والتطبيق القانونيين .

إقرأ هذا الحكم مبتدئاً من الوجه الثامن الخاص بواقعي القذف والسب تجده يقرر أولاً « أنه لا شبهة في أن الأوراق موضوع الدعوى التي أثبتتها محكمة الجنايات بنصها في حكمها وهي تشمل على مطاعن بأمور يعاقب عليها القانون ، كما لا شبهة في أن نشر تلك الأوراق في صحيفة الضياء ذلك النشر الذي أثبتته أيضاً الحكم المطعون فيه يجعل ما وقع قذفاً علنياً مما نص عليه في المادة ٢٦١ عقوبات ويجعل فاعله مستحقاً للعقاب بمقتضى المادة ٢٦٢ ، ولا في أن بين المذدوف في حقه اثنين من الموظفين العموميين هـ والفقرة الثانية من المادة ٢٦١ تعني القاذف في حق الموظفين متى توفرت شروط منها سلامة نية القاذف ومنها وجوب إثباته لكل أمر قذف به » ثم يقول « فالبحث في هذا الوجه يقتضي معرفة ما إذا كان الحكم إذ برأ المتهمين من تهمة القذف هذه قد لاحظ هذين الشرطين وقدر توفرهما بالمعنى الذي يقصده القانون أم لا » .

ألا ترى محكمة النقض تستعرض واقع الدعوى كما ثبت بالنشور وبالحكم المطعون فيه وتستعرض القواعد القانونية التي يجب تطبيقها ، ثم تبحث بعد ذلك

(١) طعن النيابة وسعادة علام بإشراق رقم ١٤٤٤ سنة ٢ قضائية (مجموعة القواعد القانونية

فما إذا كان الحكم قد أخطأ في تكليف الواقع في الدعوى بحكم القانون .
 إقرأ فيه بعد ذلك كيف استظهر أن معنى سلامة النية هو أن يكون موجه الانتقاد يعتقد في ضميره صحته ، وأن يكون قدر الأمور التي نسبها إلى الموظف تقديرًا كافيًا وأن يكون انتقاده لمصلحة عامة لا بسوء قصد ، وكيف أوجب على قاضي الموضوع عند بحثه في توافر هذا الشرط أن يفهمه على ذلك المعنى وإلا وقع حكمه تحت رقابة محكمة النقض من جهة خطئه في تأويل القانون وتفسيره .
 ثم اقرأ قوله : « ولا يجوز في هذه الحالة أن يقال إن مسألة حسن النية وسوئها أمر متعلق بالموضوع مما يختص به قاضيه وحده ، إذ المسألة متعلقة بماذا يجب قانونًا على القاضي أن يثبت ، لا بصحة الأمر المادى الواقعى الذى أثبتته وعدم صحته ، فهى مسألة قانونية محكمة » .

وعلى هذا التوال أخذت محكمة النقض تراقب التكليف فأوردت ما جاء بالحكم المطعون فيه متعلقًا بذلك ، ثم قالت « وبما أن الذى يستخلص من عبارة محكمة الجنايات بشأن فلان أنها تهجم بسلامة نيته ، وأنها لا تقبل دليل النيابة على سوء النية للاعتبارات التى ذكرتها وبما أنه بقطع النظر عن أن محكمة الجنايات حين قدرت أن فلانًا كان حسن النية فى نشر خطاب فلان باشا قد أخذت بقوله قضية مسلمة ، و بقطع النظر عن قبول ما قاله من أنه عند النشر كان يستند في ضميره صحته ، و بقطع النظر أيضًا عما قد يفهم من عباراتها من أن فلانًا قدر المطاعن التى يحتوئها هذا الخطاب تقديرًا كافيًا على الرغم من تأكيد رئيس الحكومة له (وهو صاحب الشأن فيه) أنه مزور ومن تحذيره إياه من نشره — بقطع النظر عن ذلك ، لكونه جميعًا تقديرًا موضوعيًا فى بعض العناصر التى تتكون منها سلامة النية ، فإن العنصر الثالث وهو أن يكون الانتقاد للمصلحة العامة قد أغفلته محكمة الجنايات إغفالًا تامًا فى عباراتها المذكورة فيما تقدم » .
 ثم بحث فيما توجبه المصلحة العامة فى موضوع خطاب فلان باشا وقالت إن كل

ما توجه هذه المصلحة إنما هو السعى في تحقيقه تحقيقاً قانونياً بمعرفة الجهة المختصة وهذا الفرض يتم بتقديم البلاغ المشتل على هذا الخطاب إلى النيابة لتحقيقه ، ولذلك كان نشر الخطاب بصورته الزنكوغرافية بالرغم من قيام هذا البلاغ غير مراد به أية مصلحة بل هو مجرد التشهير ، وإذن يكون العنصر الثالث من عناصر حسن النية منتفياً انتفاءً لا ريب فيه .

ثم خلصت المحكمة ما قالت بهذا الصدد فقالت « وبما أنه يبين من ذلك جميعاً أن ما فهمته محكمة الجنايات من عبارة سلامة النية وما جرت عليه في التدليل على قيامها ، كل هذا لا يتحقق به المعنى القانوني لهذه العبارة ، ويحق لمحكمة النقض أن تصحح خطأ محكمة الموضوع وتقرر بأن سلامة النية غير حاصلة فيما اجترحه فلان مما هو موضوع تهمة القذف المسندة إليه والتي تناول الحكم المطعون فيه ذكر وقائمه وسلم بثبوتها » . وبهذا الأسلوب بحثت المحكمة عن توافر أركان تهمة السب والقذف المنسوبة لتهم آخر وعن عدم توافرها فأوردت أسباب الحكم المطعون فيه وأظهرت ما فيها من خطأ في تكييف واقع الدعوى بركن الاسناد ثم بركن سلامة النية بعد تعريف هذين الركنين تعريفاً قانونياً ، واتهمت بتصحيح هذا الخطأ والقضاء بنقض الحكم المطعون فيه .

(٤) وقد استهلت محكمتنا حكمها الذي أصدرته في ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٣^(١) بإيراد قاعلتها التي تعمل وترزع العمل بها فقالت « وبما أنه يجب التنويه بادى الرأي عند بحث هذا الطعن بأن القضاء قد استقر على أن لمحكمة النقض والإبرام في جرائم التشريع تقدير مرامى العبارات التي يحاكم عليها الناشر من ناحية أن لها بتمتضى القانون تعديل الخطأ في التطبيق على الواقعة بحسب ما هي مثبتة في الحكم . وما دامت العبارات المنشورة هي هي بينها الواقعة الثابتة في الحكم

(١) في طعن جريدة الجهاد رقم ١١١٦ سنة ٣ قضائية (مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ١٣٩ وما بعدها) .

صح لمحكمة النقض تقدير علاقتها بالقانون من حيث وجود جريمة فيها أو عدم وجودها ، وذلك لا يكون إلا بتبيين مناحيها واستظهار مراميها . ثم أثبتت المقالين المنشورين بالجريدة ثم عرفت الإهانة بأنها « كل قول أو فعل يحكم العرف بأن فيه ازدراء أو خطأ من الكرامة في أعين الناس وإن لم يشمل قذفاً أو سباً » ثم نظرت المقالين فقالت : « إن مناحيها ومؤداهما الذي تكشف عنه بعض عباراتها هو رمي أعضاء البرلمان واللجنة البرلمانية التي نيط بها بحث مشروع جيل الأولياء بأنهم قوم لا ضمير لهم ولا عواطف ، وأنهم في سبيل بقاء الوزارة القائمة في الحكم يضعون بمصلحة وطنهم لكي يعيشوا في ظل تلك الوزارة غير مباليين بما يمنون بفعلتهم على الأجيال المقبلة — هذا هو منحى المقالين غير محتمل المكابرة ، ولا عبرة بالجلل الإنشائية التي جاء بها الكاتب عند ما أورد بعض الجمل البينة الإهانة بصيغة الاستفهام ، فإن السياق ينم على أن التساؤل لم يكن إلا تساؤل تأكيد وتوبيخ . على أن المداورة في الأساليب الإنشائية بفكرة القرار من حكم القانون لا تقع فيه للمداور ما دامت الإهانة تتراعى للمطلع خلف شعارها وتستشفها الأقس من خلالها . إنما تلك المداورة غشبة أخلاقية شرها أبلغ من شر المصارحة فهي أخرى منها بحكم القانون » . ثم قالت « وإن إسناد هذه المثالب لأعضاء هيئة نظامية وتجريدهم من الإخلاص لوطنهم في سبيل منافعهم أو إرضاء شهواتهم الحزبية لا شك أنه يحط من كرامتهم في أعين الناس ويحرج فرضهم ويؤذى نفسهم » . ومجمل ما قالت في هذا الصدد هو أن ما ورد بالمقالين المنشورين يدخل في عموم معنى الإهانة المنصوص عليها في المادة ١٥٩ من قانون العقوبات .

(٥) وفي حكمها الذي أصدرته في ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٣^(١) بنقض الحكم المطعون فيه قد ابتدأته بنشر المقال المتضمن للتهمة ثم ذكرت أن محكمة الجنايات

قد حكمت بالبراءة اعتباراً بأن تعرض المتهم للموضوع الذي كتب فيه إنما كان على أثر ما نشرته جريدة القطم من أن أحد أعضاء مجلس النواب وجه بالجلس سؤالاً إلى وزير يستفهم فيه عما إذا كان مساهماً في شركة وهل يجوز أن يكون مساهماً فيها مع أنها تحت إشرافه واعتباراً أيضاً بأن عبارات المقالات قد يفهم منها جنوح المتهم إلى إقناع القارئ بصدق ما اتهم بإسناده إلى الوزير إلا أن مرجحات هذا الفهم تعارض مع ما دلت عليه ظروف الدعوى من أن المتهم تعرض للتطليق على هذا السؤال قبل علمه بالتكذيب الذي صرح به رئيس الوزراء في بيانه الذي رد به في المجلس على السؤال تقول محكمة الجنايات هذا ثم تردفه بقولها أن هذا يؤيد أن البواعث التي دفعت المتهم إلى ذلك التطليق كانت مبنية على حسن القصد الذي قد يسوق صاحبه إلى التعبير عن غرضه في مثل هذا المقام بعبارات يمكن حملها على تعريضات غير مقصودة وبعد أن تلخصت وجوه الطعن المقدمة من النيابة وما أجاب به المتهم عليها قالت « إنه متى أثبت حكم ما صدر في جريمة نشر أن المتهم نشر فعلاً العبارات التي يؤاخذ بسببها كانت هذه العبارات هي نفس الواقعة المعزوة إلى المتهم والمثبتة بالحكم ، ولا تستطيع محكمة النقض أن تفصل فيما إذا كان قانون العقوبات يتناولها أو لا يتناولها وهل طبق عليها تطبيقاً صحيحاً أم لا — لا تستطيع ذلك إلا إذا فحصتها وتعرفت ما فيها من الدلالات اللغوية وما لها من المرامي القريبة أو البعيدة . ومن أجل ذلك فللمحكمة النقض دائماً حق لفحص تلك العبارات للغرض المتقدم الذكر وتقديرها في علاقتها مع القانون التقدير الذي تراه مهما يكن رأى محكمة الموضوع في دلالتها وعلاقة هذه الدلالة بالقانون » ثم قالت رداً على ما دفع به المحامي عن المتهم من أن قاضي الموضوع فصل في أمر الإسناد بعدم وجوده وأن فصله فيه نهائي لا معقب عليه لمحكمة النقض — قالت هي رداً على ذلك « إن لها الحق في تقدير القول أو الكتابة التي هي موضوع الدعوى والتي أثبتتها المحكمة

لمعرفة توافر الإسناد فيها وعدم توافره » ثم قالت « إن محكمة الجنايات مع ذلك لم تستبعد الاسناد بل إن حكمها على العكس من ذلك بدأ بقوله إن عبارات المقالات قد يفهم منها جنوح المتهم إلى إقناع القارىء بصديق ما اتهم بإسناده إلى الوزير إلا أن مرجحات هذا الفهم تتعارض الخ فالحكم بهذا أفاد إفادة صريحة أن تلك العبارات قد تفيد بملولها للقوى جنوح المتهم إلى إقناع القارىء بصديق ما اتهم بنسبته إلى الغير وأن لهذه الإفادة مرجحات أما ما ذكره حكم محكمة الجنايات بعد من أن مرجحات هذا الفهم تتعارض مع ما دلت عليه من ظروف الدعوى ما ذكره هذا الحكم من ذلك وما رتب عليه من سلامة نية المتهم كل ذلك ظاهر أن فيه انتقال نظر إذ دلالات العبارات لا تتغير بالزمان ولا بالمكان ولا بظروف الأحوال بل هي هي واحدة سواء أكان واضعها وضعها من قبل التكمذيب أو من بعده ومن قبل علمه بما ينفي دواعي الانتقاد أو من بعده وسواء أكان قائلها سهواً أو خطأ أو عمداً بسلامة النية أو بسوء قصد، إذ لا شيء من ذلك يتعارض مع مفهومها الذى أشارت إليه محكمة الموضوع، بل كل هذا بحث فى البواعث والدوافع، فهو فى واد ومفهوم العبارات الذى أشارت إليه المحكمة فى واد . يبقى إذن أن المحكمة لم تورد على أصل عبارتها أدنى ما يتعارض معها، وبقيت تلك العبارة على حالها ما دام ذلك الذى قالت إنه تعارض راجعاً كله إلى سلامة النية وهى شيء آخر إن صح فله حكمه القانونى وهو رفع العقاب على الاسناد لا إزالة الاسناد وبقطع النظر عما أشارت إليه محكمة الجنايات وبقطع النظر عما إذا كان المتهم نشر مقاله الثانى قبل علمه بالتكمذيب الذى أدلى به رئيس الوزراء بمجلس النواب فى مساء ٢٣ فبراير — بقطع النظر عن ذلك فإن أى مطلع على المقالات الثلاثة المذكورة يفهم منها بطريقة لا ريب فيها أنه يحاول جاهداً أن يقتنع قراءه بأن فلاناً الوزير وغيره من وزراء الدولة يحابون شركة فى نظير أسهم امتلكوها قسلة

التهمة هي قذف واضح، ولا يفي به من العقاب إلا أن يكون من جهة أثبت صحة ما قذف به وأن يكون من جهة أخرى حسن النية كما هو مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٢٦١ عقوبات» ثم قالت «والتهم لم يثبت ولم يطلب أن يثبت واقعة القذف التهم هو بها، بل هو أقر ليسها بما يفيد عجزه... ومع عدم تحقق شرط إثبات صحة النسب القذفية لا محل للخوض في مسألة نية التهم سليمة كانت أو غير سليمة، إذ هذا البحث غير منتج مادام القانون يستلزم توفر الشرطين معاً للاعفاء من العقاب» وانتهت إلى القول بأنه لجميع ما تقدم تكون التهمتان المسندتان إلى التهم متوافرة أركانهما القانونية.

١١٧ — والآن وقد اتهمنا من إيراد ما جرت عليه محكمتا النقض الفرنسية والمصرية في تكليف جرائم النشر يحسن بنا أن قارن مذهبهما بما قلناه في التكليف بوجه عام، فنقول إن محكمة النقض الفرنسية لم تخطئ يقيناً في تعريف التكليف ولا في اعتبار أن الاجتهاد فيه هو اجتهاد في القانون وإنما قد أخطأت حيناً — متأثرة بمذهب الرئيس (باريس) في تقسيم الجرائم إلى جرائم قد عرفها القانون وإلى جرائم لم يعرفها القانون — فتركزت رقابة التكليف في هذه الجرائم غير المعرفة لقاضي الموضوع واحتفظت بحقها في مراقبة التكليف في الجرائم المعرفة، وقد كان مقتضى هذا النظر أن لا تتدخل في تكليف جرائم النشر التي لم يمن قانون المطبوعات بتعريفها وتعريف عناصرها، ولكن لأهمية هذه الجرائم ولأن فهم الواقع فيها يحصله قاضي الموضوع بإيراد ما ينشر علناً من القول والصور والرموز والرسوم: قد رأت أن تعتبر التكليف فيها مسألة قانونية، فاشتطت أن لا يكون قاضي الموضوع قد حصل فهمه إلا مما نشر علناً وكان وحده هو جسم الجريمة، ولهذا قد رأيت أن مذهب محكمة النقض الفرنسية في التكليف يقوم على التفرقة بين عناصر التهمة التي يحصل قاضي الموضوع فهمه فيها من إيراد ما نشر علناً ثم يكيفه بحكم القانون وبين عناصر التهمة التي يحصل بعضها من مصدر خارج

عن المنشور علناً ثم يكفيه فيكون التكليف في هذه الحالة موضوعياً لارقابة عليه لمحكمة النقض . وقد بينا من قبل ما في مذهب الرئيس (باريس) من خطأ وما في مذهب محكمة النقض من خطأ في التكليف في جرائم النشر ، وأنه يجب أن تكون الرقابة عليه لمحكمة النقض في كل حال بدون تريق .

أما مذهب محكمةنا المصرية فقد رأيت أنها ابتدأت بنقله عن محكمة النقض الفرنسية (حكم ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٦١) ثم أخذت تقيمه على أساس آخر محصله أن العبارات المنشورة هي الواقعة الثابتة في الحكم ، وأن محكمة النقض إذ هي تختص بمقتضى المادة ٢٢٩ من تحقيق الجنايات بتعديل الخطأ في تطبيق القانون يكون لها تقدير علاقة هذه العبارات بالقانون من حيث وجود جريمة فيها أم لا ، ولا يتيسر لها ذلك إلا بتبين مناحيها واستظهار مراميها ؛ فإذا لاحظت أن قولها « لمحكمة النقض تقدير علاقة هذه العبارات بالقانون من حيث وجود جريمة فيها أم لا » هو معنى التكليف عندنا ، وهو يسبق تطبيق القانون ، تبين لك أن محكمةنا المصرية تعتبر التكليف في جرائم الصحف اجتهداً في القانون يدخل في رقابة محكمة النقض . وإذا وقع لك من أحكامها ما يومم أنها تتولى الرقابة على تفسير عبارات المقال فأحمله على أنها إنما تريد فقط مراجعة المقال وتحص عباراته وتبين مراميهِ لمعرفة ما إذا كان ما احتواه قد توافرت أو لم تتوافر فيه العناصر المكونة للجريمة المنسوبة للتهمة ، لا على أنها قد أرادت مشاركة قاضى الموضوع في تفسير الغامض من عبارات المقال ... الخ أو مشاركته في حقه في العدول عن المعنى المتبادر للفهم إلى معنى آخر محتمل يعضده فيه دليل قد بينه في أسباب حكمه .

الفصل الرابع

ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة التفرض

١١٨ — مرمهر : أجازت للمادة ٣٦٩ (مراضات) للخصوم فى الاستئناف إبداء أدلة جديدة^(١) لإثبات الدعوى أو قضاها ، وحظرت عليهم المادة ٣٦٨ تقديم طلبات جديدة غير التى تكون قد أبديت أمام محكمة الدرجة الأولى . وقد اصطلح قضاها القانون على أن الطلبات تعتبر جديدة فى باب الاستئناف إذا كانت تختلف عن الطلبات التى أبديت أمام محكمة الدرجة الأولى من حيث موضوعها أو سببها أو خصوصها أو صفات هؤلاء الخصوم ، كما اصطلحوا على أن المراد بالأدلة الجديدة وجوه الدفع ووسائل الدفاع التى لا تغير موضوع الدعوى ولا سببها ولا خصوصها ولا صفات الخصوم ، مما يشمل الوقائع الجديدة والأدلة والحجج والمستندات التى تؤيد أو تدحض طلبات الخصوم ومزاعمهم ودفاعهم . وقد أجاز للمدعى عليه — تمييزاً له عن المدعى — أن يتمسك فى الاستئناف بكل الدفع الموضوعية أو الشكلية التى لا يتمسك بها أمام محكمة الدرجة الأولى (ما لم تكن من نوع ما يسقط الحق فيه بسبب عدم إبدائه قبل ما عداه من أوجه الدفع الابتدائية أو قبل التكلم فى الموضوع كالدفع بعدم الاختصاص المتعلق بمحل الإقامة والدفع ببطلان أوراق المراضات) فيجوز له الدفع فى الاستئناف بانتفاء الصفة أو باقضاء حق المدعى بالوفاء أو المقاصة القانونية أو الإبراء أو الاستبدال أو مضى المدة ،

(١) يقابل هذا اللفظ فى الطبعة الفرنسية لفظ (moyens) وقد استعمل المشاوى بك للدلالة على هذا المعنى عبارة « وسائل الدفاع » واستعمل أبو حيف بك عبارة « أوجه الدفاع » .

ويجوز كذلك المدعى والمدعى عليه الطعن في الأوراق بالإنكار والتزوير^(١).

١١٩ — وليس لدينا نص في قانون إنشاء محكمة النقض يحدد لنا ما يجوز إيدأؤه لأول مرة أمام هذه المحكمة من الطلبات ووجوه الدفاع الجديدة . ومع ذلك فإن مثل هذا الخلو في القانون الفرنسى لم يمنع من إجماع الفقه والقضاء على القول — بصفة عامة — بعدم جواز إيداء طلبات جديدة أو أوجه دفاع جديدة^(٢-٣) (moyens nouveaux) .

ويقوم هذا الخطر عندنا ، كما قام في الفقه الفرنسى ، على أن الطعن بطريق النقض لا يمكن اعتباره أنه امتداد للخصومة الأولى ولا أنه درجة من درجات التقاضى حتى يصح أن يكون للخصوم فيه من الحقوق والمزايا ما كان لهم أمام محكمة الدرجة الأولى والثانية من تقديم طلبات أو أوجه دفاع جديدة لم تكن قد عرضت من قبل على كلتا المحكمتين . إنما الطعن خصومة خاصة حرم فيها القانون على محكمة النقض إعادة نظر الموضوع للفصل فيه من جديد ، وجعل مهمتها مقصورة على القضاء في صحة الأحكام الاتهائية من قبل أخذها وعدم أخذها بحكم القانون فيما يكون قد عرض على محكمة الموضوع من الطلبات وأوجه الدفاع . وكذلك يقوم هذا الخطر على أن القانون لم يحجز الطعن في الأحكام إلا إذا كانت مبنية على مخالفة القانون ، ولا سبيل للنقض على حكم بمخالفة القانون إلا فيما يكون قد أبدى من وجوه الدفاع أمام المحكمة التى أصدرته^(٤) . ومتى كان على محكمة

(١) الصلوى ج ٢ ص ٦٦٢ و ص ٦٦٣ ومذكرات دروسنا في المرافعات الدينية والتجارية ص ١٩٣٦ — ١٩٣٧ ص ٦٣٢ إلى ٦٣٥ .

(٢) جارسوني ج ٦ فقرة ٣٨٠ ص ٦٦٧ وما بعدها وهوامشها ، وكريون جزء ٢ ص ٢٠٠ وجلاسون وتيسيه (طبعة ثالثة) ج ٣ فقرة ٩٥٧ ص ٤٨٦ وما بعدها وفأى فقرة ١٢٣ وما بعدها ، والأحكام المذكورة في شتى الموسوعات .

(٣) وهو يجمع عليه كذلك في الفقه والقضاء في بلجيكا (سيموني فقرة ١٤٧) .

(٤) ولعل أحسن ما وضعت فيه نظرية عدم قبول الأسباب الجديدة بصيغة مضبوطة هو حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ نوفمبر ١٨٥٢ (٥٢ د — ١ — ٣٢٤) الذى جاء فيه =

النقض ألا تنظر القضية إلا بالحقلة التي كانت عليها أمام محكمة الموضوع ، تبين عليها — بوجه عام — ألا تقبل من طاعن ما طلباً جديداً أو وجه دفاع جديد لم يسبق عرضه على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ^(١) . ولهذا فلا فائدة ترجى — في سبيل تبين ما يقبل وما لا يقبل إيدأؤه أمام محكمة النقض — من تلك التفرقة التي أقاموها في باب الاستئناف بين الطلبات الجديدة والأدلة الجديدة .

الفرع الأول

ما يعتبر أسباباً جديدة

وإذن فيعد سبباً جديداً يجب ألا قبله محكمة النقض :

١٢٠ — أولاً — كل طلب يختلف عن الطلبات التي أبدت أمام محكمة الموضوع من حيث موضوعها أو سببها أو خصومها أو صفات هؤلاء الخصوم . فليس لمن ادعى بطلان عقد أن يتمسك أمام محكمة النقض بسبب من أسباب الفسخ ، ولا لمن طلب فسخ بيع لاستحقاق بعض المبيع أن يستبدل بهذا الطلب طلب الحكم بإلزام البائع بالتضمينات (المادتان ٣١١ و ٣١٢ من القانون المدني) . ومن بنى دعواه على انعدام الرضا بالبيع مثلاً لا يصح أن يبنى طعنه على عدم انعقاد البيع لصدوره فيما لا يجوز التبايع فيه ، أو على أن المبيع كان معجزو التسليم بحسب طبعه (المادة ٢٥٩ مدني) . ومن طالب بملكية عقار اشتراه أو ورثه لا يجوز له أن يطعن في الحكم بزعم أنه قد تملكه بعضى المدة الطويلة .

— “ La cour de cassation est instituée seulement pour apprécier sur le rapport du droit, les arrêts ou les jugements; qu'on ne peut donc devant elle présenter des moyens nouveaux, mais seulement apprécier la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges.”

(١) مها تكن أهمية وجه الطعن وخطورة السألة القانونية التي يثيرها (جارسونه فقرة

ومن وجه طلباً في الدعوى إلى خصم لا يصح له أن يوجه طعنه في الحكم الصادر فيها إلى غيره . ومن ادعى حقاً بصفة لا يجوز له الطعن في الحكم متصفاً بصفة أخرى^(١) .

ويشهد لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة من أحكام محكمة النقض الفرنسية . منها أنها قضت بأن من طلب إلزام المحجوز لديه بدفع دين الحاجز لعدم قيامه بواجب التقرير بما في ذمته للمحجوز عليه غشاً منه وتدليساً (المادة ٥٧٧ مرافعات فرنسي المطابقة للمادة ٢٤٩ مرافعات أهلي) لا يجوز له — متى قضت محكمة الاستئناف برفض دعواه مصرحة بأن المحجوز لديه لم يكن قط غاشاً ولا مدلساً — أن يطعن في حكمها بزعم أنه كان يتعين عليها أن تقضى له بالتضمينات التي ترتبت على تأخير المحجوز لديه في الإقرار بما في ذمته وعلى تسليم المال المحجوز لوصى تركه المحجوز عليه^(٢) . ومنها أنها قضت بأن من طلب الحكم برد ضريبة بدعوى أنها حُصّلت منه بغير حق ، وفوائدها ، فقضت له محكمة الدرجة الأولى بأحقية في الرد وبرفض طلب الفوائد ، ثم اكتفى لدى المرافعة في الاستئناف المرفوع عليه بطلب تأييد الحكم المستأنف ، لا يجوز له أن يطعن في حكم محكمة الاستئناف بمخالفته للقانون من حيث عدم القضاء له بالفوائد المطلوبة^(٣) .

ومما قضت به محكمتنا أن من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محررة بعقد عرقي ، لا يجوز له — بعد أن سلم له خصمه بالبطان متمسكاً بوضع اليد اللدة الطويلة وناقشه هو في ذلك — أن يبني طعنه أمام محكمة النقض على صورة الهبة ، لأن الصورة دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطان بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض^(٤) .

(١) ن. م. م. ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٠ ص ٤٣)

(٢) ٣ مايو ١٨٩٢ (س ٩٢ — ١ — ٥٦٤)

(٣) ١٠ مايو ١٨٩٢ (س ٩٢ — ١ — ٥٧٧)

(٤) ن. م. م. ٢ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٠٤ والحاماة

س ١٣ رقم ٤٩١ ص ٩٩٤)

١٢١ - (ثانياً) كل ما لم يبدعه المدعى - مستأنفاً أو مستأنفاً عليه - أمام محكمة الاستئناف من الطلبات الجديدة التي أجاز له القانون إضافتها إلى الطلب الأصلي بمقتضى نص المادة ٣٦٨ مرافعات (وهي ما استبعد من الأجر والفوائد والأرباح وما يتبع الطلب الأصلي من وقت تقديم آخر الطلبات في المحكمة الابتدائية وما زاد من التعويضات من وقت الحكم المستأنف) .

١٢٢ - (ثالثاً) كل ما لم يبدعه المدعى عليه - مستأنفاً أو مستأنفاً عليه - أمام محكمة الاستئناف من الطلبات التي كان يجوز له إيداعها أمامها لأول مرة ، دفعاً للدعوى الأصلية (كتعبير القانون الفرنسي)^(١) .

١٢٣ - (رابعاً) كل ما لم يعرض على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه من وجوه الدفاع التي تؤيد طلبات صاحبها أو دفعوه ، أو تدحض طلبات خصمه أو دفعوه ، سواء أكان رافع النقض مدعياً أم مدعى عليه^(٢) ،

(١) إن القانون الفرنسي بعد أن نص في المادة ٤٦٤ مرافعات على عدم جواز تقديم طلبات جديدة في الاستئناف قد استثنى من هذه الطلبات طلب القاصة والطلبات الجديدة التي لم تكن في الواقع إلا دفعاً للدعوى الأصلية فقال : *à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale* . وقد عرف جلاسون وتيسيه هذه الطلبات بأنها الطلبات التي تتضمن بطبيعتها تغيير ما يصدر به الحكم واستبعاد طلبات المدعى كلها أو بعضها . وقد مثل لها بالطلبات المشار إليها فيها ذكره من أحكام محكمة النقض بالهامش رقم ١ (ج ٣ ص ٣٨٠) . وظاهر أن القانون المصري لا يجوز تقديم هذه الطلبات أمام محكمة الاستئناف (قارن بين المادة ٤٦٤ فرنسي و ٣٦٨ أهلي)

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٠٤

ومن المفيد لإدراك الفرق بين مركز المدعى ومركز المدعى عليه في الطلب والدفع أن ضرب لك المثل الآتي : بيع عقار أجل تسليمه مع وجوب دفع ثمنه حالا . فإذا فرضت أن المشتري طالب بالتسليم بعد حلول أجله وأن البائع دفع الدعوى بعدم قيام المشتري بدفع الثمن في الحال ، فانه يجوز للبائع أن يدفع الدعوى في الاستئناف باعترافه بالبيع لعدم دفع الثمن . وأما إذا فرضت أن البائع هو الذي رفع الدعوى وأنه طلب الحكم بطلان البيع لسبب من أسباب البطلان ، فانه لا يجوز له في الاستئناف أن يطلب فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع الثمن لمخايرة هذا الطلب لطلبه الأصلي في الدعوى . وهكذا ترى أن للمدعي إذا أقام طلبه الأصلي في الدعوى أمام محكمة الاستئناف على سبب آخر غير سببه الأول فان طلبه يعتبر جديداً لا يجوز له إيداعه ، أما المدعى عليه فانه إذا دفع الدعوى بدفع جديد وظل يطلب الحكم برفض الدعوى فان طلبه لا يعتبر جديداً

وسواء أشهد الخصومة أم كان غائباً عنها ^(١) .

فلا يصح الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض بالمقاصة القانونية ^(٢) أو بالتقوّة القاهرة المبرئة من الدين ^(٣) أو بقوة الشيء المحكوم به ^(٤) أو بالتقادم أياً كانت مدته ، ولا دفع التقادم بأحد أسباب انقطاع المدة أو وقفها ^(٥) . ولا يجوز الطعن كذلك بانتفاء الصفة أو بأن الدعوى رفضت باسم إنسان توفي قبل رفضها ^(٦) ، أو بأن دعوى من دعاوى التفليسة لم ترفع على وكيل الدائنين ^(٧) ، أو بأن المدعى ليس له دعوى مباشرة قبل خصمه ^(٨) ، أو بأنه كان فضولياً في الدعوى غير وكيل

== وقد يكون مقبولا ولو تغير سببه — وهذه الميزة التي يتميز بها المدعى عليه عن المدعى في الاستئناف روعي فيها ما يقتضيه مركز المدعى عليه من وجوب إطلاق الحرية له في دفع الدعوى بما يستطيع في كل آن . ولم يقل قائل إن المدعى عليه إذا اقلب طاعناً بالنقض في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف يجوز له أن يطعن بما كان يجوز له إيدأؤه لأول مرة أمامها ، وهذا فلا فرق بين الطلبات والدفع ووسائل الدفاع التي كان يجوز للمدعى عليه إيدأؤها أمام محكمة الاستئناف ، لأنها جميعاً تعتبر أسباباً جديدة في النقض إذا لم تكن أبدت أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه .

(١) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٧٢

(٢) ن . ف ٥ نوفمبر سنة ١٩٠١ (٩٠٢ د - ١ - ٩٢) ون . م . م ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٤٩ من ١٥٣ والحاماة س ١٥ رقم ٣ من ٩)

(٣) ن . ف ١٥ يولييه سنة ١٩٠٩ (٩١٠ د - ١ - ٩٦٦)

(٤) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٧٩ وما بعدها وجارسونيه من ٦٧٠ وهامش رقم ٣ وبه الأحكام لفاية ١٩١٠ . ون . ف ١٦ مايو سنة ١٩٣٣ (س ٩٣٣ - ١ - ٣٧٩) .

(٥) ربرتوار دالوز فقرة ١٩٠١ وما بعدها وجارسونيه من ٦٧٠ وهامش رقم ٢ وبه الأحكام لفاية سنة ١٩٠٩ ون . ف ١٤ فبراير سنة ١٩٢٣ (د ٩٢٣ - ١ - ١٤) .

لكن الدفع بقوة الشيء المحكوم به في المواد الجنائية معتبر أنه من النظام العام ويصح إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ن . ف . ج ٢٠ فبراير سنة ١٩٣١ (س ٩٣٢ - ١ - ٧٣) وتطبيق موجبه ، وكذا الدفع بفسوق الحق في رفع الدعوى العمومية ن . ف . ج ١٩ يولييه سنة ١٩٣٠ (س ٩٣٢ - ١ - ١١٤)

(٦) ع . ف ٢٢ يونيه سنة ١٨١٤ وأشير إليه في ربرتوار دالوز فقرة ١٩٠٩/٥

(٧) ع . ف ٨ أغسطس ١٨٦٣ (د ٦٤٥ - ١ - ٣٩) .

(٨) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٩٥

فيها أو بعكس ذلك^(١)، أو بأن لا مصلحة له^(٢)، أو بأن وصي القاصر لا يملك الاعتراف على محجوره بصحة توقيع مورثه المتوفى على سند الدين^(٣)، أو بعدم جواز تجرئة الاعتراف^(٤)، أو بوجوب إحالة الدعوى على محكمة أخرى مرفوعة إليها تلك الدعوى أو دعوى ثانية مرتبطة بها^(٥).

ولا يصح التمسك كذلك ببطلان حجز ما للمدين لدى الغير لعدم اشتغال ورقته على البيانات الواجب ذكرها بنص المادة ٤١٥ مرافعات أو لعدم إعلانها للمحجوز عليه أو لعدم جواز الحجز على ما حجز عليه (المادة ٤٥٤ مرافعات)، ولا ببطلان بيع العقار بالزيادة الثانية على ذمة الراسى عليه المزايد لعدم تكليفه بوفاء شروط البيع (المادة ٦٠٧ مرافعات). ولا يجوز لطاعن أن يبنى طعنه على وجوب استبعاد ما قدمه خصمه من المراسلات الخاصة زاعماً أنها سرية لا يصح إفشاء ما فيها بعد أن لم ينازع في تقديمها وعرضها على المحكمة^(٦)، ولا أن يدعى عدم جواز إبداء ما قدمه خصمه في الاستئناف من الطلبات الجديدة^(٧)، ولا عدم صحة الاستئناف الفرعى الذى رفعه مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر^(٨)، ولا بطلان مشاركة التحكيم بسبب خلوها من ذكر أسماء المحكمين^(٩)، ولا عدم قبول المعارضة لرفضها بعد الميعاد^(١٠)، ولا عدم جواز المعارضة فى الحكم

(١) ع. ف ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٢ (١٩٠٢ - ١ - ٥٧٩)

(٢) ع. ف ١٧ يناير سنة ١٩٠٥ (١٩٠٥ - ١ - ٢٢٥)

(٣) ن. م. م. ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ (الحاماة سنة ١٣ رقم ١٢٢ ص ٢٧٤)

(٤) ع. ف ٤ يوليه سنة ١٩٠٥ (س ٩٠٦ - ١ - ٨٨)

(٥) ع. ف ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٤ - ١ - ١٠) و ١٩ أبريل

سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٦ - ١ - ٢٠٣)

(٦) ن. ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٨ (س ٩٠١ - ١ - ١٢٣)

(٧) ع. ف ٢٩ مايو سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٤ - ١ - ٤٠٧)

(٨) البديكت ققرة ١٢٢٦ و ١٢٢٧ ون. ف ١٣ مارس سنة ١٨٣٧ (س

٨٣٧ - ١ - ٤٢٨) و ٤ يونيو سنة ١٨٩٠ (س ٨٩١ - ١ - ٧١)

(٩) ن. ف ٣ يناير سنة ١٨٤٤ (س ٤٤ - ١ - ٣٣٧)

(١٠) ربرتوار دالوز ققرة ٨ / ١٩٠٨

الصادر في المناقضة المرفوعة في قاعة التوزيع على حسب درجات الدائنين^(١) ، إذا لم يكن قد أبدى هذه الدفوع أمام محكمة الاستئناف . ولا يصح لمن طلب تأييد الحكم المستأنف — الصادر بتعيين خير في الدعوى — أن يطعن بأن الحكم المستأنف كان تحضيرا لا يجوز استئنافه^(٢) . ولا يصح لكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضعاه عليه الدائن بتقصيره من التأمينات ، إذا لم يكن قد دفع بذلك أمام محكمة الموضوع^(٣) و^(٤) مكرر .

ومن قضاء محكمة النقض البلجيكية أنه لا يجوز التمسك أمامها لأول مرة بخاتمة الحكم المطعون فيه لقواعد الإثبات بتجويزه بسماع البيئة فيما لا يصح الإثبات بها قانوناً^(٥) ، أو بعدم أخذه بمكاتيب لم تعرض من قبل على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه^(٦) ، ولا بعدم تسجيل العقد الناقل للملكية^(٧) ، ولا بأنه قد قضى في الدعوى بالتضمنينات بغير إعدار^(٨) ، ولا ببطالان إعلان أعلن للنياحة واللعن محل إقامة معروف^(٩) .

ومما قضت به محكمتنا أن الطاعن إذا كان لم يتحدّد لدى محكمة الموضوع بتعذر الحصول على دليل كتابي بسبب قرابة يدعيها ، فلا يقبل منه الطعن في حكمها

(١) ع . ف ٧ أغسطس سنة ١٨٦٠ (د ٨٦٠ — ١ — ٥٠٦)

(٢) ن . ف ١٨ يولييه سنة ١٩٠٤ (د ٩٠٧ — ١ — ٣٩) و ١٩ أبريل سنة ١٩١٣

(س ٩١٤ — ١ — ٧٢)

(٣) ن . ف ٧ يولييه سنة ١٨٤١ (بنديك ١٨٤١ — ١ — ٣٦٧) والبديكت

قصة ١٢٢٨ و ٢٤ أ أكتوبر سنة ١٨٨٨ (بنديك ٨٩ — ١ — ١٣٧٠)

(٤ مكرر) راجع غير ذلك من الأمثال والشواهد في تعليقات دالوز من قصة ٣٤٧٢

الى ٣٩٤١ وفي كاربتييه من قصة ٢٣٩٤ إلى ٢٩٠٠

(٥) ن . ب ٦ يناير سنة ١٩٢٧ (باسكرزى ١ — ١ — ١١٩)

(٥) ن . ب ٧ فبراير سنة ١٩٢٧ (باسكرزى ١ — ١ — ٨٣)

(٦) ن . ب ٩ يناير سنة ١٩٣٠ (باسكرزى ١ — ١ — ٥٦)

(٧) ن . ب ٢١ مارس سنة ١٩٢٢ (باسكرزى ١ — ١ — ١٦٩)

(٨) ن . ب ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٣ (باسكرزى ١ — ١ — ٤٩٣) وراجع باقي

الأمثال والشواهد التي استشهد بها سيمونييه في قصة ١٥٥ لقاية ١٥٧ وهوامشها .

بأنه أخطأ إذ لم يعتبر هذه القرابة مانعة من الحصول على الدليل الكتابي^(١)؛ وأنه إذا ادعى الطاعن أن علة تأخره في دفع باقي الثمن هي وجود عجز في الأطلاق البسيطة وأن الحكم المطعون فيه لم يرد على دفاعه هذا ثم تبين أن الحكم لم يثبت به مثل هذا الادعاء ولم يقدم هو من جانبه لمحكمة النقض أى دليل على حصول ادعائه بذلك لدى محكمة الاستئناف ، فادعائه هذا يكون من الأسباب الجديدة التي لا تقبل^(٢) .

الفرع الثاني

ما يشترط في السبب المقبول

١٢٤ — فهما يكن إذن سبب الطعن ، طلباً أو دفعاً أو وجه دفاع ، فانه يجب أن يكون قد عرض على محكمة الموضوع . ويعتبر أنه قد عرض إذا كان الطاعن هو الذى عرضه عليها أو كانت محكمة الموضوع هي التي تعرضت له بما هو مخول لها من حق تطبيق القانون على الوجه الصحيح غير متعبدية فيه بوجهات نظر الخصوم أنفسهم .

١٢٥ — ومعنى كون وجه الطعن قد عرضه صاحبه أن يكون الطاعن هو الذى سبق له التمسك به على خصمه أمام محكمة الموضوع . فإذا وجه المدعى طلبات معينة لبعض خصومه في موضوع قابل للتجزئة فلا يكون له أن يتمسك على غيرهم بما كان قد ذكره في مذكرته من وجوه الدفاع الخاصة بمن وجهت إليهم تلك الطلبات ، لأنها تعتبر جديدة في حق هذا الغير^(٣) .

(١) ن . م . م . ٣ يناير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ١٨ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٩٨ م ٢٠٩)

(٢) ن . م . م . ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٥٨ م ٢١١ والمحاماة س ١٦ رقم ٢ م ٢)

(٣) كلريتيه ققرة ٢٠٩٤ ، ن . ف ١٠ مارس سنة ١٨٦٨ (١٨٦٨ — ١ — ٤٦٧)

١٣٦ — ومعنى كون وجه الطعن قد عرض من قبل على محكمة الموضوع أن يكون الطاعن قد تمسك به أمام محكمة الدرجة الثانية ولو دلالة أو بصورة أخرى لا تخرج النزاع في المسألة القانونية التي يثيرها وجه الطعن عما كان عليه أمام تلك المحكمة . فمن تمسك بوجه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى ثم تركه أمام محكمة الدرجة الثانية فإنه لا يكون له أن يتمسك به أمام محكمة النقض^(١) . والمستأنف عليه إذا طلب تأييد الحكم المستأنف فإنه يعتبر تاركا لما قد يكون رفضه هذا الحكم من طلباته ووجوه دفاعه ، ولذلك فلا يصح له إبداء شيء منها أمام محكمة النقض^(٢) . لكن للطاعن أن يتمسك بما سبق له أن أبداه من وجوه الدفاع أمام محكمة الدرجة الأولى ورفضته تلك المحكمة (ولو لم يكن قد استأنف حكمها) متى تعرضت له محكمة الاستئناف وبمحتته بحثاً جديداً وخالفت فيه حكم القانون . ذلك بأنه لا يصح الاعتراض عليه عندئذ لا بمجدة السبب ولا بأن الحكم الابتدائي قد اكتسب قوة الشيء المحكوم به^(٣) و^(٤) .

وللدعى عليه في دعوى الضمان إذا حكم ابتدائياً بإخراجه منها بغير مصاريف ورفض الدعوى الأصلية لا يكون له — إذا اقتصر على طلب تأييد الحكم

(١) جرسونه فقرة ٣٨١ من ٦٦٨ وهامش رقم ٣ و٢ وتيسيه من ٤٨٧ هامش ٣ ون . ف ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٣ (س ٩١٣ — ١ — ٩٤٥) في عدم الاعتراض على الحكم المستأنف القاضي بالفوائد من يوم الحكم لا من يوم رفع الدعوى ون . ف ٧ يناير سنة ١٩١٣ (س ٩١٣ — ١ — ٢٠٠) في عدم الاعتراض أمام محكمة الاستئناف على التضامن المحكوم به ابتدائياً .

(٢) تيسيه من ٤٨٨ وهامش ١ ون . ف ١٥ يونيو سنة ١٩١٤ من ٩١٦ — (٧ — ١)

(٣) بنديكت فقرة ١١٣٥ وكاربنتيه فقرة ٢٠٨٣

(٤) ومحكمنا قد صاغت هذه القاعدة في حكم أصدرته في ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ بالصيغة الآتية : سبب الطعن إذا كان قوامه البحث في قاعدة قانونية كانت قائمة في الخصومة وتعرضت لها محكمة الاستئناف فيبحث بغير نواحيها مخالفت حكم محكمة الدرجة الأولى الذي طلب الطاعن تأييده لأسبابه فهذا السبب لا يعتبر جديداً (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٤٠ من ١٠٤ والحامدة س ١٤ ق ١ رقم ١٧١ من ٤٩٩)

المستأنف لأسبابه — أن يتمسك أمام محكمة النقض بوجوه دفاع آخر غير التي كان استند عليها مدعى الضمان قبل المدعى الأصلي أمام المحكمة الابتدائية ، لأنها تكون حينئذ جديدة لعدم عرضها على محكمة الاستئناف ^(١) .

١٢٧ — على أنه لا يشترط في وجه الطعن أن يكون صاحبه قد تمسك به صراحة أمام محكمة الاستئناف ، بل يكفي — كما أسلفنا الإشارة إليه — أن يحصل التمسك به ولو دلالة أو بصيغة عامة . ودخول سبب الطعن في عموم ما أبداه الطاعن أمام محكمة الموضوع هو مسألة دقيقة حقا . والضابط فيها ، على ما تبين لنا من مطالعة كثير من أحكام محكمة النقض الفرنسية ، أن يصح عقلا (بدلالة المطابقة أو التضمن أو الزوم) دخول السبب في عموم ما أبداه الطاعن من الطلبات ووجوه الدفاع أمام محكمة الموضوع .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية في ذلك : أن المستأنف عليه إذا طلب تأييد الحكم المستأنف ، يعتبر أنه قد عرض على محكمة الاستئناف جميع الأسباب التي قام عليها هذا الحكم ^(٢) . وأن المستأنف الأصلي ، بدفاعه في الاستئناف الفرعي المرفوع من خصمه عليه ، يعتبر أنه قد طلب احتياطيا تأييد الحكم المستأنف إذا لم يقبل استئنافه الأصلي ، وبذلك يجوز له أن يتمسك بكل وجه من وجوه الدفاع التي اعتمدت عليها محكمة الدرجة الأولى في حكمها المستأنف ، ولو لم يكن قد تمسك به صراحة أمام محكمة الاستئناف ^(٣) . ومن دفع دعوى خصمه (المتضمنة طلب الحكم بإلزامه بدفع القوائد ابتداء من يوم معين وفوائد ما تجدد منها) بأنه لا وجه للإلزامه بالقوائد إلا من يوم رفع الدعوى ، يصح له أن يطعن

(١) ن . ف ١٦ يونيو سنة ١٨٩٦ (د ٩٧ — ١ — ٤٣٣ ومقال الأستاذ سالي)

(٢) جارسونييه ص ٦٦٨ هامش ٣ و ٨ يناير ١٨٧٨ (د ٧٩ — ١ — ٤٥٧)

و ١٠ أبريل ١٨٨٩ (س ١٨٩٠ — ١ — ٢٢٥ و ٢٠ فبراير ١٩٠٠ (د ٩٠ — ١ — ٣٣٧)

(٣) ٢ مايو ١٨٩٤ (د ٩٤ — ١ — ٣٥٦)

بخطأ الحكم فيما قضى به من تجميد القوائد وفي عملية تجميدها ، لأن نزاعه في أصل استحقاق القوائد إلا من يوم رفع الدعوى يتناول بالضرورة منازعته في تجميد القوائد المستحقة من يوم متقدم على رفع الدعوى^(١) .

والمحجوز لديه — إذا طلب رفض الدعوى المرفوعة عليه بطلب الزامه بدفع كل الدين المحجوز من أجله ، وظل يدافع عن نفسه أمام محكمة الدرجة الأولى والثانية بأنه ليس مدينًا بشيء ما للمحجوز عليه — يقبل منه الطعن بخطأ الحكم القاضي بالزامه بدفع دين الحاجز كله ، وبأن لا وجه لإلزامه بأكثر مما ثبت بذمته من دين للمحجوز عليه ، ذلك لأن طلبه الحكم برفض الدعوى لعدم مديونيته بشيء للمحجوز عليه يمكن اعتباره متضمنًا طلبًا احتياطيًا بعدم الحكم عليه بأكثر مما يثبت بذمته للمحجوز عليه^(٢) .

ومن حكم عليه بتأييد الحكم المستأنف القاضي بالزامه بدفع قيمة كميالة بالتضامن مع من سحبا ، يجوز له أن يعطن في هذا التضامن ، وإن اقتصر في الاستئناف على طلب الحكم بتبيرة ذمته من جميع ما قضى عليه به ، لأن هذه الصيغة العامة تشمل بالضرورة اعتراضه على طلب التضامن وعلى الحكم الصادر به^(٣) .

وفي نزاع على إيراد مؤبد بين ورثة من رتبة وورثة من رتب له ، دفع الأولون بسقوط دعوى المطالبة بالإيراد بمضى المدة الطويلة ، ودفع الآخرون (الدعوى) هذا الدفع بأن مرتب الإيراد قد استمر هو وورثته يدفعونه لهم سنة بعد سنة ، وطلبوا الحكم باحالة القضية إلى التحقيق لاثبات ذلك بالبينه ، وحكت محكمة

(١) ملحق دالوز فقرة ٤٢١ رقم ٥ و ١٧ مايو سنة ١٨٦٥ (د ٦٥ — ١ —

٢٧٣)

(٢) ٢٥ يولييه سنة ١٨٩٣ (د ١ — ١٤٤ — ٢٧٣)

(٣) ٢٧ يولييه سنة ١٩٢٠ (س ١٩٢١ — ١ — ١٧٣) و ٢ أبريل ١٨٨٦ (د ٨٦ — ١ — ٤٢٠) ، وقد علق جلاسون على هذا الحكم بقوله : إن منازعة المحكوم عليه أمام محكمة الدرجة الأولى والثانية في أصل الدين تعتبر منازعة في التضامن بالضرورة ، إذ لا يمكن القول بأن من ينزع في أصل الدين يعتبر مسلماً في لزوميته به بالتضامن .

الدرجة الأولى بقبول طلب التحقيق لعدم قيام أى نزاع في تعلق الوقائع المدعاة بالدعوى . فاستأنف المدعى عليهم وأصروا في الاستئناف على دفعهم المتقدم وطلبوا إلغاء الحكم الصادر بالأحالة إلى التحقيق . فلما أيدته محكمة الاستئناف طعنوا في حكمها بمخالفته لنصوص المواد ١٣٤٥ و ١٣٤٦ و ١٣٥٩ من القانون المدني الفرنسي التي لا تجيز الاثبات بالبيينة والقرائن إلا عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، قضت محكمة النقض بقبول هذا الوجه ، وإن لم يكن الطاعن قد تمسك به أمام محكمة الموضوع ، إذ اعتبرت طلبه إلغاء الحكم المستأنف متضمناً الدفع بعدم جواز إثبات المدعى بالبيينة لعدم وجود مبدأ ثبوت بالكتابة^(١) .

ومن قضاء محكمتنا أنه إذا كان السبب الذي يتمسك به الطاعن لأول مرة أمام محكمة النقض داخلاً في عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع ، وكانت عناصره الواقعية لا تخرج عما كان معروضاً على تلك المحكمة ، وكان فوق ذلك منتزعا من أسباب الحكم المطعون فيه فلا يعتبر سبباً جديداً . فإذا تمسك المشتري بسقوط حق الشفيع لعله بالبيع في تاريخ معين ودفع الشفيع بعدم علمه العلم التفصيلي بالبيع وقضت المحكمة باعتباره علماً من ذلك التاريخ ، ورفضت دعوى الشفعة ، ثم طعن الشفيع في هذا الحكم بوجه أنه أخطأ في تطبيق القانون عند احتساب ميعاد الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الرغبة في الاستشفاع ، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع قد أخطأت في احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون إذ لم تحده لليوم التالي للعطلة ولم تضيف إليه ميعاد المسافة ، تبين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع لدخوله في عموم ما دفع به الطاعن أمام محكمة الموضوع^(٢) . وقالت في حكم آخر « إنه يكفي لاعتبار السبب المبني عليه الطعن غير جديد لقبوله أمام محكمة

(١) ١٧ نوفمبر سنة ١٨٥٨ (س ٥٩ - ١ - ٩٠٥) وكاربنتيه فقرة ٢٠٧٥

(٢) ن . م . م ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٢٩ والمهام

س ١٤ ق ١ رقم ١٢٧ ص ٢٢٨)

النقض أن يكون قد عرضه صاحبه على محكمة الاستئناف ولو بصيغة عامة^(١) .

١٢٨ — وقد يكون سبب الطعن هو هو الذي عرض على محكمة الموضوع ولكن صاحبه يؤيده أمام محكمة النقض بقول جديد ، أو بسند أو ورد مال أو شهادة من قلم التسجيلات أو من دفاتر المكلفة ، أو أية ورقة أخرى لم تكن قدمت من قبل أمام محكمة الموضوع ، فيختلط وجه الطعن القانوني بالواقع في الدعوى فيصير جديداً لا يصح قبوله لاقتضائه إعادة النظر في الموضوع من هذه الناحية ، وبدهى أن محكمة النقض لا اختصاص لها بذلك^(٢) .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية لهذه القاعدة أنها قضت بعدم قبول الطعن المؤسس على مخالفة حكم المادة ١١٣٨ من القانون المدني (التي تشترط التصحيح الالتزام الباطل بطلافاً نسبياً أن تستعمل ورقة التصحيح على نص الالتزام الأصلي وعلى ما يدل على انصراف نية مصححه إلى التصحيح علماً بما شاب الالتزام من الأسباب المبطلة) إذا استند فيه إلى ورقة لم يقدمها مدعى التصحيح أمام محكمة الموضوع ، وترتب على ذلك أن لم تمحصها تلك المحكمة في الحكم المطعون فيه^(٣) . وقضت بعدم قبول الطعن المبني على عدم جواز الحكم بتفليس من سبق الحكم بتفليسه وإقفال تفليسته لعدم كفاية أمواله ، إذا قدم الطاعن لاثبات صحة طعنه أوراقاً جديدة لم تعرض على محكمة الموضوع^(٤) . وقضت بعدم جواز تقديم ما لم يسبق تقديمه لمحكمة الموضوع من الأوراق الدالة

(١) ن . م . م . ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٤٠ والمحاماة سنة ١٤ ق ١ رقم ١٧١ ص ٤١١)

(٢) كاربنتيه ققرة ٢٨٨٦ وما بعدها ون . ف ٦ مارس سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٦)

— ١ — (٣٥١) وتعليقات دالوز من ققرة ٤٠٦٢ إلى ٤٠٩٢

(٣) كاربنتيه ققرة ٢٨٩٤ ون . ف ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ (س ٨٩)

— ١ — (٨٠)

(٤) كاربنتيه ققرة ٢٨٩٥ ، وراجع المادتين ٢٣٢ و ٢٣٨ من قانون التجارة الأهلى .

على عدم صحة الحوالة بالدين لعدم إعلانها للدين أو لعدم رضائه بها كتابة^(١) .
على أنه إذا انكشف لمحكمة النقض صحة وجه العلم بصرف النظر عما
قدم لتأييده من الأوراق الجديدة فإنها تقبله وتنقض الحكم^(٢) .

الأسباب القانونية الجديدة

١٢٩ — ومعنى كون السبب قد تعرضت له محكمة الموضوع من تلقاء نفسها ،
أن تكون هي — بمقتضى وظيفتها — قد ردت ما حصلته من فهم الواقع في
الدعوى إلى ما يجب الحكم به من القواعد القانونية المناسبة ، ثم أخذت في
حكمها بتوجيه قانوني لم يعرضه الخصوم عليها . وأصل ذلك أنه إذا كان واجباً
على قاضي الدعوى أن يتقيد في قضائه بما يقدمه الخصوم إليه من طلبات ودفع
وأوجه دفاع وأدلة ومستندات ، فإن القانون لم يمنعه — بعد تحصيل فهم الواقع
في الدعوى — من تطبيق ما يجب تطبيقه من القواعد القانونية على حاصل هذا
الفهم ، بغير اعتبار لما يكون للخصوم في ذلك من رأى أو حجة أو توجيه .
بل لاشك في أنه ملازم بتأسيس حكمه على القواعد القانونية الواجب الأخذ بها
في الدعوى^(٣) .

١٣٠ — وقد أطلق على مثل هذا السبب اسم « الأسباب القانونية
الصرف » (moyens de pur droit) ، إذ لا يداخلها أى عنصر واقعى جديد
لم تكن محكمة الموضوع قد تعرضت له وقدرته واستنتجت منه النتيجة التى أنزلت
عليها حكم القانون^(٤) .

(١) ن . ف ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٨ (س ٧٩ — ١ — ١٥٦)

(٢) كاربنتيه هرة ٢٨٩٢ ون . ف ٤ فبراير سنة ١٨٣٩ (س ٣٥

— ١ — ٩٤)

(٣) ربروار دالوز هرة ١٨٠٦ وما بعدها ون . ف ١٩ يولي سنة ١٨٨٨ (س ٩١

— ١ — ٥٠) وتعليق الأستاذ فال في (س ٩٣ — ١ — ٣٢١)

(٤) راجع فالى س ١٤٤

وهذه الأسباب هي في ظاهر الأمر أسباب جديدة كان ينبغي — بادئ الرأي — التقرير بعدم قبولها ، ولكن محكمة النقض الفرنسية لم تعتبرها كذلك وما تزال تحكم بقبولها ، ولا يزال الفقهاء الفرنسيون يؤيدون قضاءها في ذلك ^(١) .

وحجة محكمة النقض أن قاضي الدعوى — حتى إذا لم يكن الخصوم أنفسهم طلبوا منه تطبيق القانون — لا يستطيع هو الفصل فيها إلا بإجراء هذا التطبيق على الوجه الصحيح ^(٢) . ولذلك فهو مكلف بفحص طلبات الخصوم ووجوه دفاعهم وتقليب بحثها على جميع الوجوه القانونية التي يصح تأسيس الحكم الحق في الدعوى عليها ^(٣) .

على أن قبول هذه الأسباب القانونية الصرف لا يخالف في الواقع ما قلناه من أن الأصل هو عدم قبول الأسباب الجديدة ، إذ السبب لا يكون جديداً متى أمكن إدخاله في عموم ما يكون قلمه الطاعن من طلبات ودفع وأوجه دفاع لمحكمة الموضوع ، والخصوم في الدعوى ، إذ يرضون على القضاة وقائع الخصومة ويطلبون الحكم بطلباتهم فيها ، يلتمسون ترديد طلباتهم هذه على جميع الوجوه القانونية الصالحة لتأييدهم ، فإذا أخذت المحكمة فيها بتوجيه قانوني ماصح اعتبار هذا التوجيه من طلبات الخصوم أو داخلها في متناولها ، وبهذا لا تعتبر الأسباب القانونية الصرف أسباباً جديدة ^(٤) .

١٣١ — ويتفرع على ذلك :

أولاً — جواز تمسك الطاعن بأي نص قانوني يؤدي به وجه طعنه ، ولو لم

(١) راجع جارسونيته فقرة ٨٣٤ وهامش ١ و ٢ وتيسيه ص ٤٨٩ وما بعدها وهوامشها .

(٢) ٢٠ فبراير سنة ١٨٥٤ (٥٤٥ — ١ — ٦٢) و ١١ مايو سنة ١٨٦٤

(٣٥٤ — ١ — ١٨٧) و ٥ مايو سنة ١٨٩٩ (٩٩٥ — ١ — ٢٧٥)

(٣) ٢٧ يونيو سنة ١٨٧٦ (٧٦٥ — ١ — ١٢١) و ٥ يونيو سنة ١٨٩٩

(س ٩٠٠ — ١ — ٧٩)

(٤) تيسيه ص ٤٩٠ وفأى ص ١٤٤ وجارسونيته فقرة ٣٨٤ وهوامشها .

يمكن قد أشار إليه عند إبداء هذا الوجه أمام محكمة الموضوع ، وسواء أكان الحكم المطعون فيه قد أشار إليه أم لم يشر أم أشار إلى نص آخر قد أخذ به ^(١) . ذلك لأن تأييد وجه الدفاع بنص من نصوص القانون ليس من شأنه أن يغير من جوهر هذا الوجه ، ولا أن يضطر محكمة النقض إلى تحصيل فهم الواقع فيه تحصيلاً جديداً لا يدخل في وظائفها . فإذا طالب الوكيل موكله بفوائد ما دفعه عنه بسبب وكالته من يوم دفعه ، دون أن يستند إلى نص المادة ٥٢٦ مدني (المقابلة للمادة ٢٠٠١ من القانون الفرنسي) وقضى له بالفوائد من يوم رفع الدعوى ، فإنه يكون له — إذا بنى طعنه على مخالفة الحكم للقانون أن يؤيد وجه طعنه هذا بالاستناد إلى نص هذه المادة ، ولو لم يكن قد أشار إليها أمام محكمة الموضوع ^(٢) .

والجار إذا شفع في أرض معدة للبناء لا تجاوره إلا من حد واحد ، وقضى برفض شفعته ، فإنه يكون له أن يطعن في الحكم بمخالفته لنص المادة الأولى من قانون الشفعة ، ولو لم يكن قد استند إليها ، بل لو استند الحكم إلى نص الفقرة الأخيرة من هذه المادة (وهي الفقرة التي لا تجيز الشفعة إلا للجار اللصيق من حدين) .

١٣٢ — ثانياً — جواز التمسك بوقوع البطلان في الحكم (الصادر من محكمة الاستئناف) . ذلك لأن هذا البطلان — إذ كان لا يعرض للحكم إلا بعد فراغ الخصوم من عرض قضيتهم على المحكمة ، وكان مترتباً على عدم قيامها هي بما وجب عليها من اتباع القواعد القانونية المتعلقة بالمداولة في الحكم وإصداره وتحرير ورquete ، هذا البطلان — وشأنه كذلك — لا تكون أسبابه إلا أسباباً

(١) جزئونه فقرة ٣٨١ وهامش ٥ وتيسيه ص ٤٦٠ وهامش ٣ وتطبيق قال في (س ٨٩٣ — ١ — ٣٢١) ون . ف ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ (د ٩١٢ — ١ — ١١٣)

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٠٦ و ١٨٠٧ وكاربتيه فقرة ٢٠٠٨ وما بعدها .

قانونية صرفاً ، مادتها الموضوعية هي الحكم ذاته وما يلتحق به من أوراق المرافعات ، ومصدرها هو القانون نفسه ^(١) . ولهذا المعنى جعل قانوننا « حالة وقوع بطلان في الحكم الصادر من إحدى محاكم الاستئناف » حالة متميزة عن حالة « مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله » .

وعلى ذلك يجوز الطعن ببطلان الحكم الصادر من إحدى محاكم الاستئناف إذا لم يشمل على الأسباب التي بنى عليها (المادة ١٠٣ من قانون المرافعات) ، أو إذا اشترك في المداولة فيه وإصداره من لم يشترك من القضاة في سماع المرافعة في الدعوى (المادة ١٠٢ مرافعات) ^(٢) ، أو إذا وقع تزوير فيه .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بقبول الطعن بمخالفة نص المادتين ١٤٧ و ٢٩٧ (مرافعات) بالرغم من عدم التمسك بذلك أمام محكمة الموضوع ، في الحادثة الآتية : أصدرت محكمة حكماً تحضرياً بانتقالها لحل النزاع للمعينة ، وتقدته في غيبة الطاعن ، ثم أخذت في حكمها القطعي بنتيجة هذه المعينة . فطعن المحكوم عليه ببطلان إجراءات الانتقال والمعينة لعدم إعلان الحكم النهائي الصادر بالانتقال له ولقيام المحكمة بتنفيذ هذا الحكم في غيبته كذلك ، مع وجوب الإعلان عملاً بنص المادتين المذكورتين ، وادعى الطاعن أن هذا البطلان قد أثر في الحكم القطعي المطعون فيه لاعتماده على نتيجة هذه المعينة الباطلة ، ودفع خصمه بأن وجه الطعن جديد وكان يجب تقديمه لمحكمة الموضوع ، فرفضت محكمة النقض هذا الدفع وقبلت الطعن وقضت الحكم وذكرت في أسباب حكمها أن الحكم الصادر بالانتقال — ولو أنه تحضري — كان يجب إعلانه ، وأن المحكمة إذ تقدته في غيبة الطاعن وبقي أمر هذا الانتقال وما جرى فيه خافياً عليه حتى صدر

(١) ن . ف في ١٣ يناير سنة ١٩١٩ (٢٢ د - ١ - ١٥٠) وراجع جايو ص ٧٠١ .

(٢) ن . م . م في ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٥ ص ٨١ والحامدة س ١٣ رقم ٤٢٤ ص ٨٥٨)

الحكم القطعي ، يكون وجه الطعن في حكمها مقبولا ويتعين نقضه لترتبه على إجراءات باطلة^(١) .

١٣٣ — ثالثاً — جواز إيداء كل وجه قانوني يظن به على قضاء المحكمة في مسألة قانونية تكون قد تعرضت لها وأسست الحكم على حلها (٢-٣) (s'il est en corrélation étroite et directe avec l'arrêt attaqué) وأصله أنه ما دام من وظائف محكمة الموضوع أن تقلب الدعوى على جميع الوجوه القانونية وأن تأخذ فيها بما يصح عندها أنه هو الحكم القانوني ، على تقدير أنه داخل في عموم طلبات الخصوم ، وما دام أن ما تأخذ به من ذلك يحتمل الخطأ والصواب ، والخطأ لا يكون إلا خطأ في القانون — ما دام الأمر كذلك فاقول بقبول هذا النوع من أسباب الطعن يكون متمشيا مع ما قلناه من أن الوجوه القانونية الصرف تعتبر كأنها قائمة في الدعوى qu'ils aient été nécessairement dans la cause بمجرد بحثها من محكمة الموضوع. ولو من تلقاء نفسها^(٤) .

ومن التطبيقات في ذلك أن مالكا ضمن مهندسه المبارى ومقاولة ما نال

(١) كاربنيه ققرة ٢٠٨٨ ن . ف ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٦ (س ٨٧ — ١ — ١٣) و (د ١٨٨٧ — ١ — ١٥٩)

(٢) جرسونه ققرة ٣٨١ ص ٦٦٨ و ٦٦٩ وهامش ٨٦ ون . ف ٢٧ يونيو سنة ١٨٧٦ (د ٧٧ — ١٢١) ون . ف ١٤ مارس سنة ١٨٨١ (د ٨١ — ١ — ٣٧٨) وملحق كاربنيه ققرة ٢١٣٤ / ١ — وما بعدها وحكم ١٢ أبريل سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٤ — ١ — ٤٨٢) .

(٣) وليمونييه تميز آخر هو « Le moyen sera dépourvu de nouveauté chaque fois qu'il se rapportera à une question de droit résolue par le juge du fond ou que celui ci a été appelé à résoudre » .

وهو يستشهد بمحكمي محكمة النقض البلجيكية الصادرين في ٢٩ أبريل سنة ١٩١٥ (باسكرزي ١٩١٥ — ١ — ٢٦٧) ، وفي ١٢ مايو ١٨٨٧ (باسكرزي ١٨٨٧ — ١ — ١٧٣) .

(٤) فاي ققرة ١٢٥ هامش ٥ وحكم ١١ يونيو سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٤٥٩) و ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ (د ٩١٢ — ١ — ١٦٧)

عمارة من تلف نشأ عن إصابة بعض أخشابها بحشرة من الحشرات الآكلة للأخشاب ، لم يعرف العلم نوعها وخواصها وظواهرها إلا بعد إقامة المارة بسنوات عدة ، فأخرجت محكمة الموضوع المهندس من الدعوى ، وقضت على الماقل بالتضمنات باعتباره بائعاً مثولاً عما ظهر من عيب فى الأخشاب المبعة ، طبقاً لأحكام البيع . فطعن الماقل فى هذا الحكم ، وكان وجه طعنه أن الحكم قد أخطأ فى اعتباره بائعاً للخشب على البراءة من العيوب ، مع أنه لم يكن إلا مستصفاً قدم لصاحب المارة عمله وأدوات العمل ، فليس يضمن له إلا ما جملته القانون ضامناً فيه فى باب عقد الاستصناع والمقاولة . ولما دفع المالك بأن هذا السبب جديد لم يسبق إيدأؤه أمام محكمة الموضوع ، حكمت محكمة النقض بقبول الطعن ، وقالت فى حكمها « إنه يكفى فى قبول هذا السبب وفى اعتباره قائماً فى الدعوى أن يكون منترعاً من أسباب الحكم الطعون فيه » ، ثم قضت الحكم موضوعاً^(١) .

ومنها أنه إذا طلب وصى القاصر تقض قسمة الأملاك التى له فيها نصيب شائع ، وانضم إلى طلبه أحد الشركاء البالغين ، وقضت المحكمة بنقض القسمة فى حق القاصر فحسب ، ثم طعن هذا الشريك فى الحكم بناء على أن إجابة القاصر الى تقض القسمة يقتضى إجابته هو الآخر إلى طلب تقض القسمة فى حقه ، فإن سبب الطعن لا يمد جديداً ، لأن الطاعن بانضمامه للوصى فيما طلب يكون قد أفصح عن طلبه الاستفادة من تقض القسمة لو استجابت المحكمة إلى طلب الوصى ، ولأن المحكمة من جهة أخرى — بقضائها بنقض القسمة فى حق القاصر وحده — تكون قد عرضت لبحث طلب الشريك الآخر وقلبت على جميع الوجوه القانونية ، ثم قضت برفضه ، وبذلك يصبح الطعن فى الحكم مستنداً الى سبب

(١) ١٠ أكتوبر سنة ١٩١١ (د ٩١٢ - ١ - ١١٣) و (س ٩١٢)

قانونى صرف مستمد من ذات الحكم^(١) .

١٣٤ — رابعاً — جواز تقديم ما يؤيد به الطاعن طلباته أو دفعه في الدعوى من الحجج القانونية التي لم يسبق له عرضها على محكمة الموضوع أو لم يسبق لهذه المحكمة التعرض لها من تلقاء نفسها في الحكم المطعون فيه^(٢) . ذلك لأن من

(١) ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٧ (٨٨ د — ١ — ٢٤١) وباقي التطبيقات في تعليقات

دالوز من ١٤٦٦ إلى ١٦٦٦

(٢) والمراد بالحجج arguments بصفة عامة ما يمكن الاستناد إليه من الأدلة والشواهد تأييداً لسلك أو مذهب من مسالك البعاط ومذاهبه . والأصل فيها أنه يصبح تقديمها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . أما أمام محكمة التقضى فلا يجوز إبداء الخبير منها إلا إذا كانت قانونية صرفاً ، فإن كانت موضوعية أو امتزج القانون فيها بالموضوع فإنه لا يصبح إبدؤها .

وقد يفرق بين الحجة argument وبين المذهب أو السلوك moyen فترفض الحجة الجديدة باعتبارها مذاهباً أو مسلماً أو وجه دفاع جديد كما ترى في الحادثة الآتية :

طلبت شركة مدينة بدفع المستحق عليها من ضريبة الارباذ طبقاً لقانون ٢٩ يونيو سنة ١٨٧٢ ، فدعت الشركة بقوط الحق في الدعوى لخسئ سنتين ، قياساً لها على دعوى المطالبة بتسكلة رسوم التمد insuffisance de perception en matière d'enregistrement فرفض الدفع وحكم بالزامها بدفع المستحق ، اعتباراً بأن هذه الدعوى لا تقط إلا بمضى المدة الطويلة الواردة ذكرها بالمادة ٢٢٦٢ من القانون المدنى (٣٠ سنة) . فطعت الشركة في الحكم وزعمت أن المحكمة قد خالفت فيه مبدأ سنوية هذه الضريبة وأخطأت في تطبيق المادة ٢٢٦٢ ، وأيدت هذا الوجه بقياس هذه الدعوى على دعوى المطالبة بالأموال المقررة التي تستحق سنوياً ، فرفضت محكمة التقضى هذا الوجه إذ اعتبرته سبباً جديداً لعدم سبق عرضه على محكمة الموضوع (حكم ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٢ ، س ١٨٩٣ — ١ — ٣١١) . وقد تقدم الأستاذ قال في تنقيح له عليه ، فقال — بعد أن استعرض مبدأ جواز التمسك بالحجج القانونية الجديدة وعدم جواز التمسك بوجه البعاط الجديدة — : إن الشركة قد بحثت أمام محكمة الموضوع مسألة استبعاد سقوط الحق في الدعوى بمضى المدة الطويلة ، ثم إنها — لعدم وجود نص حاسم في قانون ٢٩ يونيو سنة ١٨٧٢ — قد قاست صورة الدعوى على الدعوى التي يطلب فيها استكمال رسوم القيد ، وأسست دفعها بالتقدم على هذا القياس ، فإذا تقدمت الشركة في سبيل القول بقوط الحق في الدعوى بحجة قانونية أخرى ، فإنها لا تكون قد استمكت بسبب جديد لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع ، لأن طلبها الحكم بقوط الحق في الدعوى لا يزال هو هو ، ولأن مسلكها في تأييد هذا الطلب ، وهو الدفع بالتقدم بمضى المدة لا يزال كذلك كما هو . والذي يمكن أن يقال إنه قد تغير ، إنما هو حجة الشركة وسندها في هذا الدفع ، إذ استبدلت قياساً قانونياً بقياس آخر ، وهذا لا ضرر فيه ولا يتطلب من محكمة التقضى خمأ أية مسألة موضوعية أخرى .

سلك مسلکاً من دفاع ليؤيد طلباً أو دفعاً ، يعتبر أنه قد طلب من قاضى الموضوع الأخذ فى هذا السلك بكل حجة قانونية يصح الاستناد إليها ولو لم يكن هو قد فطن لها وعرضها فضلاً^(١) .

فكل حجة مؤيدة تعتبر إذن قائمة فى الدعوى غير جديدة فيها .
ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية فى ذلك : أن دائن الواهب إذا دفع دعوى الاستحقاق المرفوعة من الموهوب له بعدم نفاذ الهبة لعدم تسجيل عقدها ، ثم قضت المحكمة بنفاذ الهبة اعتباراً بأن الدائن لم يكن إلاً دائناً عادياً ، وأن المادة الثالثة من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ لا تجيز الاحتجاج بعدم تسجيل العقود الناقلة للملكية إلاً لأصحاب الرهون والامتياز فقط ، يكون لهذا الدائن أن يطعن فى هذا الحكم بمخالفته لنص المادة ٩٤١ من القانون المدنى الفرنسى التى تجيز لكل ذى مصلحة أن يحتج بعدم تسجيل عقد الهبة^(٢) . ومن التطبيقات أن من طلب الحكم برفض دفع خصمه لدعواه بالتقادم ، يجوز له أن يغير وجه دفاعه أمام محكمة النقض فيتمسك بأن مبدأ مدة التقادم يجب أن يكون يوماً آخر غير يومه الذى حدده صاحب الدفع بالتقادم واعتمدته محكمة الموضوع ، متى كان طعنه مبني على اعتبارات قانونية صرف^(٣) . ومنها أن المودع — إذا ضاع سند وديعته بسبب

(١) جارسوني ص ٦٧٦ وهامش ٢١ وص ٦٧٧ ، وقال تطبيقاً على حكم ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٢ (س ١٨٩٣ — ١ — ٣٢١) والمراجع الى بهذا التعليق النفيس . أما مسلک الدفاع الجديد ، والمراد به طريقة الدفاع المأيرة لطريقته الأولى التى سلكها الطاعن أمام محكمة الموضوع ، فالأصل فيه عدم القول للجدة إلا إذا كان قوامه واقعة ثابتة فى الحكم ترشح له ، ويعتبر بها أنه قائم فى الدعوى (ربرتوار دالوز فقرة ١٨١٩ و ١٨٢٠ وتعليقات دالوز من فقرة ٤٠١١ إلى ٤٠٣٤)

(٢) المرجع السابق من جارسوني . ويقول فى الهامش رقم ٣ إن قانون التسجيل لم ينسخ حكم المادة ٩٤١ من القانون المدنى .

(٣) ٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ (س ٧٩ — ١ — ٤٠٥) وكانت القضية قضية تضمين رفته مالكة منزل على مهندس مبادئ ضمنتها بها ما ظهر من الحلل فى المارة التى بناها ، وكان المهندس قد دفع بيقوط الحق فى الدعوى لضى عشر سنوات على تسليم المارة طبقاً للمادة =

قهرى وطلب إثبات الوديعة بالبينة مستنداً إلى نص المادة ١٣٨٤ من القانون المدني — يكون له إذا قضى برفض طلبه لعدم ثبوت السبب القهرى ثبوتاً قاطعاً ، أن يظعن في الحكم مستنداً إلى أن الوديعة كانت اضطرارية يصح إثباتها بالبينة . وأنه كان لمحكمة الموضوع أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة التي تجيز الإثبات بالبينة إذا كانت الوديعة اضطرارية أو عند ضياع سند الدين بسبب قهرى ^(١) . ومنها أنه إذا دفع للدين براءة ذمته بمضى المدة وأجاب الدائن بأنه قد حجز على مدينه فقطع الحجز مدة التقادم وقضت المحكمة ببطالان الحجز و براءة ذمة المدين يكون للدائن أن يظعن في الحكم مستنداً إلى ، انقطاع آخر مترتب على التنبيه على المدين بالدفع قبل إجراء الحجز ^(٢) . ومن قضائها

= ١٧٩٢ من القانون المدني (المظالبة للمادة ٤٠٩ من قانوننا) ، فأجابت المالكة على هذا الدفع بأن المدة لم تنقض من يوم رفع دعوى إثبات الحفل بالمهارة التي أقامتها أمام قاضي الأمور المستعجلة لحسنت محكمة الدرجة الأولى في الدعوى آخذة بوجه دفع المالكة . أما محكمة الاستئناف فقد أخذت في إلغاء الحكم الساتف بوجهة أخرى . طعت المالكة في الحكم الاستئنافي ، وكان من وجوه الطعن أن المادة ١٧٩٢ من القانون المدني ، وإن جعلت مدة مسئولية الما قول عشر سنوات ، لم تنص على أن دعوى المالك تضمنين الما قول يسقط الحق فيها بهذه المدة ، ولم تنص كذلك على أن مبدأ المدة يجب أن يكون يوم تسلم البناء ، وأن القانون يوجب أن يكون مبدأ التقادم يوم ظهور الحفل بالفصل في البناء (وقد أفاض الأفوكاتو العمومي في شرح هذا السبب) . وزعم الما قول أن هذا السبب جديد لا يصح التمسك به أمام محكمة النقض . ولكن المحكمة قبلته وقالت : إن المالكة كانت تطلب رفض الدفع بالتقادم ، وكانت خطلة دفاعها أنها قطعت المدة برفع دعوى إثبات الحالة في الميعاد ، فلا مانع يمنعها من سلوك هذه الخططة الجديدة في الدفاع المبينة على اعتبارات قانونية قائمة في الدعوى كان يصح لمحكمة الاستئناف أن تأخذ بها من تلقاء نفسها . ثم قالت في الموضوع إن المادة ١٧٩٢ والمادة ٢٢٧٠ إذ جعلتا الما قول والمهندس مسئولين بالتضامن عن خلل البناء مدة عشر سنوات ، لم تنصا على المدة التي يسقط بها حق المالك في دعوى التضمين ، وما دام لانس في القانون يحفل لسقوط هذا الحق في الدعوى مدة قصيرة خاصة ، فلا مناس من اعتبار هذه الدعوى مما لا يسقط الحق فيها إلا بحضي المدة الطويلة المروفة ، ولا يحبس من اعتبار مدة سقوطها لا تنبئ . إلا من يوم ظهور الحفل في البناء . ولذلك قضت بتقضى الحكم المطعون فيه بغير بحث في الشق الأول من وجه الطعن الخاص بما إذا كان إعلان دعوى إثبات الحالة أمام قاضي الأمور المستعجلة يقطع مدة التقادم أو لا يقطعها .

(١) جارسوني ص ٦٧٧ هامش ٤

(٢) جارسوني ص ٦٧٧

كذلك أن من طعن في الحكم الصادر ببطلاق بروتستو عدم الدفع لإجرائه بعد انقضاء الميعاد الواجب إجراؤه فيه ، يجوز له أن يستند إلى حجة قانونية ينتزعا من نص قانوني آخر يفيد مد المواعيد وآجال الدفع إلى اليوم الذي عمل فيه هذا البروتستو^(١) ، وأن من طلب الحكم بأحقية لرى أرضه من ترعة وبإزالة ما أقامه خصمه في مجراها من أعمال وسدود حولت بعض مياه التربة إلى أرض أخرى لهذا الخصم ، يجوز له — إذا كان هذا الخصم قد ادعى أحقيته هو الآخر للرى من هذه التربة أياماً معدودة مستنداً إلى قيام هذه الأعمال واستمرارها للمدة الطويلة ، ثم حكم بناء على ذلك برفض الدعوى — أن يطعن في هذا الحكم وأن يبنى طعنه على مخالفته لنص المادة ٦٩١ من القانون المدني التي

(١) ٢٤ يونية سنة ١٨٥٦ (٥٦٥ - ١ - ٢٥٤) وبقيّة الأحكام الواردة بملحق الدالوز فقرة ٤٢٤ وكذلك حكم ١٤ أغسطس سنة ١٨٨٩ (س ٨٩ - ١ - ٣٧٢) وقضية هذا الحكم أن سيدة رتبت لزوجها عند زواجها منه إيراداً سنوياً مدة حياته ، ثم أوصت له بالانتفاع بتركها بحق الربع منها فيما لو توفيت قبله . نازعه أحد أولاده في استحقاقه للربط والوصية معاً ، وطلب نصفه احتياطية تنقيس الربع من متجهد الرب ، لحكم برفض الدعوى على اعتبار أن الموصى له بوصية خاصة لا يسأل عن شيء من ديون التركة مع الورثة ، فطن الإبن في الحكم متمسكاً بالمادة ٦١٠ من القانون المدني (التي تلزم الموصى له بحق الانتفاع على عموم التركة أو على حصة منها بما يكون قد قرره الموصى على نفسه من نفقة أو رتبة من مرتب مدى الحياة) . فدفع الوالد بمجدة هذا السبب . ومحكمة النقض رفضت هذا الدفع ، وقضت في الموضوع بتقضى الحكم المطعون فيه ، وقالت في أسباب حكمها إن الولد وإن لم يكن قد اختصم والده إلا بصفته موصى له من قبل زوجه التي لا يرت فيها ، إلا أنه بطله (احتياطياً) الحكم بوجوب حط الوصية من متجهد الإيراد المرتب لوالده قد أوجب على المحكمة تطبيق ما يجب تطبيقه من قواعد القانون على ظروف الدعوى ، فإذا هي قضت بأن الأب بوصف أنه موصى له غير ملزم بسداد ديون التركة ، فانه يجوز لابنه الطعن في هذا الحكم بمخالفته لنص المادة ٦١٠ من القانون المدني التي تقضى بالزام من أوصى له بحق الانتفاع بمصوم تركه الموصى أو بحصة منها ، بسداد ما يكون قد قرره الموصى على نفسه من نفقة أو رتبة من مرتب مدى الحياة ، فان كان موصى له ببضها فيكون لإزامه بقدر نصيبه في الوصية ، ولا يكون الطعن مبنيًا على سبب جديد . ثم قالت : ولما كانت الوصية واردة على عموم التركة بحق الربع فقد وجب على الموصى له أن يسدد لنفسه ربع ما تجبده له من الإيراد ؟ وبهذا تجتمع فيه صفتا الدائن والمدين بقدر هذا الربع ، وعلى ذلك يصح نقض الحكم المطعون فيه .

تتمتع تلك حقوق الارتفاق الغير المستمرة بالمدة الطويلة ، ولولم يكن قد عرض حجبته هذه على محكمة الموضوع . وقد قالت المحكمة في حكمها الذي أصدرته برفض الدفع بمجلة سبب الطعن « إن هذه الحجة هي من الحجج القانونية التي عليها يمكن قيام حق المدعى في الدعوى ، وقد كان الخصم — من جهة أخرى — يستند فيما ادعاه من اكتساب حق الرى بانتقاده إلى قيام هذه الأعمال على مجرى التزعة وإلى مادلت عليه من نية له ولسلفه في معارضة المدعى فيما كان يزعمه من الحق المطلق على مياه هذه التزعة ، وإذن فكانت الحجة قانونية وقائمة في الدعوى تحت نظر الخصوم ونظر محكمة الموضوع ^(١) » .

١٣٥ — هذا ولا يمكن اعتبار السبب القانونى الصرف قائماً في الخصومة

(١) ١١ يناير سنة ١٨٨١ (س ٨١ — ١ — ١٩٧) وكذلك ١٢ يونيه سنة ١٨٨٢ (س ٨٢ — ١ — ٣٦١) وقضية هذا الحكم أنه حكم بين زوجين بالفرقة وبالاتصال في أموال الروكية الزوجية ، ورفضت الزوج دعوى قسمة هذه الأموال لفرض عليها زوجها ما حبه ملكا لها ، فطلبت الحكم بالزامه بأن يسلفها عينا في مباد يحمده الحكم ، أسهماً كانت تملكها الروكية في بعض الفركت واخلسها الزوج لنفسه ، بحيث إن لم يتم تسليمها كان ملزماً بأن يدفع لها ثمن هذه الأسهم حسب سعرها في البورصة يوم صدور هذا الحكم . فصدر عليه الحكم بذلك ثم عرض عليها ، بعد انتهاء المباد المحدد فيه ، ثمن الأسهم فقط وطلب الحكم بصحة العرض ، وطلبت هي إلزامه بالفوائد من يوم صدور الحكم بتسليم الأسهم عينا . غشكت محكمة الدرجة الأولى بصحة العرض وبرفض طلب الفوائد ، وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم . فطلعت الزوج فيه بطريق النقض ، زاعمة أن المحكمة قد خالفت في حكمها نص المادة ١٤٧٧ التي تقضى بخماتن أى الزوجين يخفى أو يخفى مالا من أموال الروكية من نصيبه فيها اختصه وأخفاها ، كما خالفت نص المادة ٤٥٩ من القانون الدنى التي تقضى بالزام واضع اليد على مال غيره بسوء نية برد ثمراته . فدفع الزوج ببجدة سبب الطعن غشكت محكمة النقض برفض هذا الدفع ثم بقبول الطعن شكلا . وقالت في أسباب حكمها : إن الطاعة كانت تستند في طلب الحكم على زوجها بالفوائد من تاريخ الحكم الأول على سوء نيته في حوزته لنفسه ما كانت تملكه الروكية من الأسهم التي حكم بالزامه بردها عينا ، فالاستناد الآن في الطعن على مخالفة الحكم لنص المادة ١٤٧٧ يدخل في عموم ما استندت إليه أمام محكمة الموضوع . لأن الحكم الأول الذي صدر بالزام الزوج برد الأسهم كلها عينا كان ملحوظا فيه حكم المادة ١٤٧٧ ، وقد يمكن تفريع تطبيق المادة ٤٥٩ على تطبيق المادة ١٤٧٧ . ولكن المحكمة قضت برفض الطعن موضوعا وقالت : إنها كانت تعيل وجهة نظر الطاعة لو أن محكمة الموضوع كانت قضت بالزام الزوج بأن يسلفها كل الأسهم التي أخفاها هذا الزوج لنفسه ، =

يصح إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة النقض رغم جذته وعدم تقديمه لمحكمة الموضوع ، إلا إذا كان قوامه تلك العناصر الواقعية التي يكون قد أثبتتها الحكم المطعون فيه وكان لا يفتقر النظر فيه إلى بحث أى عنصر واقعى آخر لم تكن محكمة الموضوع قد تناولته بالبحث والتقدير ، وكان هو فوق هذا وذلك بحيث يمكن أن يصل به الطاعن إلى غايته من الحكم فى الدعوى بطلباته ، على صورتها المقدمة للمحكمة . ذلك بأنه لا يصح فى النظر النعى على حكم محكمة الموضوع بعدم أخذها بما كان ينبغى لها أن تأخذ به من الحجج القانونية من تلقاء نفسها ، إلا إذا كانت هذه الحجج قائمة فى الخصومة ماثلة أمامها تشارفها بنفسها من ثنائيا وقائع الدعوى وتدعوها للأخذ بها من غير لفت الخصوم ^(١) .

فمن ادعى اكتساب حق ارتفاق ظاهر ومستمر بالتقادم الحسى المستند إلى سبب صحيح ورفضت المحكمة دعواه لعدم جواز اكتساب ذلك الحق بهذا السبب ، لا يجوز له الطعن بخطأ الحكم فى تطبيق قواعد اكتساب الحقوق العينية بمضى المدة الطويلة ، لأن هذا التوجيه القانونى يتطلب من محكمة النقض بحث جميع عناصره الواقعية : من وضع يد بشروطه القانونية ، ومدة كاملة ، من مبدأ معلوم إلى نهاية معلومة كذلك ، لم يوقفها ولم يقطعها أى سبب من أسباب انقطاع المدة أوقفها ، وذلك كله يفتقر إلى تحقيق ونظر موضوعى لاشأن لمحكمة النقض به ^(٢) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا حكمت محكمة الدرجة الأولى بإلزام

== حيث يجوز عندهم الحكم بالفوائد على اعتبار أن الحكم بها تابع للحكم الصادر بإلزام الزوج برد أصل الأسهم . أما الحكم الأول قد صدر بإلزام الزوج بقيمة هذه الأسهم إذا لم يتم بتسليمها ، فقد أصبح القضى به ملزماً من النقود لا تسرى عليه الفوائد التوضيحية إلا من يوم المطالبة الرسمية ...

(١) غاي ص ١٤٤ وهوامعها وتعليقات دالوز من قرة ٤٠٧٥ إلى ٤١٤٢

(٢) جارسونيه ص ٦٧٨ . وهو يقول فى الملمش رقم ٩ إن مسألة اكتساب حقوق الارتفاق بالتقادم مع السبب الصحيح مسألة خلافية فى الفقه والقضاء . وانظر ن . ف ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٢ (س ٩٣ — ١ — ٣٢١) وملحق كلربتييه قرة ٢٥٢٢

أجد دائتي مفلس برد ثمن البضائع التي تسلمها له المفلس تسديداً لبعض دينه عليه ، واقتصر هذا الدائن على استثناءه على المناقشة — بصفة عامة — في القاعدة القانونية القاضية برد ما دفع من المفلس لدائتيه في فترة الشك السابقة لتاريخ التفليس ، فإنه لا يجوز له أن يحتاج أمام محكمة التقضى بأن بطلان الوفاء الحاصل من المفلس في فترة الشك لا يترتب عليه قانوناً إلا إلزام دائته الذي وقع له الوفاء برد ما قبضه من البضائع عيناً ما دامت هي قائمة ، لا إلزامه برد ثمنها . لأن هذه الحجة ، إذ تقتضى البحث عن قيام البضائع في الوجود بحالتها التي كانت عليها يوم أن تسلمها الطاعن ، قد أصبحت سبباً جديداً امتزج فيه القانون بعنصر واقعي لم يمرض من قبل على محكمة الموضوع ويحتاج إلى بحث وتحقيق جديدين^(١) .

وقضت بأنه متى أثبتت شركة تأمين على أحد عملائها تأخيرها في دفع الأقساط بخطاب مسجل أرسلته إليه في محله المعين بعقد التأمين ، عملاً بأحكام هذا العقد ، ثم حكمت محكمة الموضوع بفسخ العقد لثبوت التقصير في الوفاء ، فإنه لا يكون للمحكوم عليه أن يبنى طعنه في هذا الحكم على القول بأنه كان ينبغي للشركة — وقد علمت بانتقال عميلها إلى محل آخر — أن تجرى في إعداره على الطريقة الواجبة قانوناً ، عادلة بها عن الطريقة المبينة بعقد التأمين . وقد قالت المحكمة في ذلك : إن الطاعن ، مع تسليمه بأن الإعذار الذي كان إجراؤه واجباً على الشركة هو الإعذار بخطاب مسجل ، لم يطرح على محكمة الموضوع ما يزعمه الآن من أن الشركة كانت عالمة بمحله الذي انتقل إليه ، وهو عنصر واقعي جديد يخرج السبب عن كونه قانونياً صرفاً ، ويجعله مزاجاً من اتواع والقانون^(٢) .

وقضت بأنه لا يجوز الدفع لأول مرة أمام محكمة التقضى بأن المحامي ، الذي

(١) ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ (س ٩٠٣ — ١ — ٣١٢)

(٢) ٥ نوفمبر سنة ١٨٨٩ (س ٩١ — ١ — ٤٠٧)

يمثل الطاعن أمام محكمة أول درجة ، لم يكن مفوضاً منه في قبول الحكم المستأنف^(١) . وقضت بأن القول أمام محكمة النقض — بأن الطلب الذي قدم لأول مرة لدى محكمة الاستئناف ورفضت قبوله لم يكن إلا مجرد دليل ، كان يصح إبداءه لديها — هو سبب مزيج من القانون والواقع لا يجوز إبداءه لأول مرة لدى محكمة النقض^(٢) . وقضت كذلك بأنه إذا اقتصر الطاعن لدى محكمة الموضوع على القول بأن العقد الذي ربطه بمخصه كان عقد إجارة أشخاص ، لا يجوز له أن يتمسك لدى محكمة النقض بأنه حتى لو اعتبر العقد عقد وكالة فقد وقع العزل منها مع ذلك في وقت غير لائق ، لأن هذا السبب يكون مزيجاً من الواقع والقانون^(٣-٤) .

١٣٣٦ — خامساً — جواز التمسك بالأسباب التي لها تعلق بالنظام العام^(٥) .

أسباب النظام العام

وقد اعتبرت أسباب النظام العام من الأسباب القانونية الصرف ، لعدم قيامها على أى عنصر واقعى غير قائم فى الخصومة ولعدم حاجتها إلى بحث أية ورقة جديدة لم تكن قد قدمت لمحكمة الموضوع . ولكنها تتميز عن سائر هذه الأسباب بأن الخصوم أنفسهم لا يستطيعون ترك التمسك بها وبأن للمحكمة الأخذ بها من تلقاء نفسها وعلى رغم الخصوم^(٦) .

(١) ن . ف ١٣ يولي سنة ١٩٣٢ (س ٩٣٢ — ١ — ٣٤٤)

(٢) ع . ف ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (س ٩٣٢ — ١ — ٩٤)

(٣) ن . ف ٣١ يولي ١٩٣٣ (س ٩٣٣ — ١ — ٣٤٤)

(٤) راجع الأمثال والشواهد فى تعليقات دالوز من فقرة ٤١٧٥ إلى ٤٢٤١ وراجع أخيراً حكم ٢ يناير سنة ١٩٣٤ (س ٩٣٤ — ١ — ٨) وع . ف ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (س ٩٣٤ — ١ — ٨٩)

(٥) ريتوار دالوز فقرة ١٨٢٥ وما بعدها وتعليقات دالوز من فقرة ٤٢٤٢ إلى ٤٣٩٣ وفأى فقرة ١٢٨ و١٢٩ وجارسونية فقرة ٣٨٣

(٦) ومع ذلك فقد جرت محكمة النقض الفرنسية على عدم أخذها من تلقاء نفسها =

وهذا فانه يشترط لقبول أسباب النظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض ألا يكون الحكم المطعون فيه قد اكتسب قوة الشيء المحكوم به ، وأن تكون هذه الأسباب مستفادة من الأوراق التي سبق عرضها على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، وألا يتخالطها أى عنصر واقعى لم يسبق عرضه على هذه المحكمة ^(١) .

١٣٧ — فأما الشرط الأول . فلأنهم غلبوا أصل اكتساب الحكم قوة الشيء المحكوم به على أصل جواز التمسك بالأسباب الجديدة الماسة بقواعد النظام العام . وعلى هذا فمن دفع بعدم ولاية المحكمة بنظر الدعوى ورفض دفعه واكتسب الحكم في الدفع قوة الشيء المحكوم به . لا يكون له أن يعطى في الحكم الصادر في موضوع الدعوى بأنه قد خالف قواعد النظام العام بقضائه في مسألة لا تدخل في ولاية تلك المحكمة ^(٢) . ومن حكم عليه في مسألة هي من وظائف إحدى الجهات الإدارية وقبل الحكم فاكسب قوة الشيء المحكوم به . لا يكون له أن يعطى فيه بمخالفته قواعد الاختصاص العام .

١٣٨ — وأما اشتراط استفادة سبب الطعن من الأوراق التي كانت معروضة أمام محكمة الموضوع فرجحه أن السبب المنس بقواعد النظام العام لا يمكن اعتباره قائماً في الخصومة إلا إذا كانت هذه المحكمة تستطيع الوقوف عليه من

== بأسباب النظام العام إلا إذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف أصلاً أساسياً من أصول هذا النظام كصاقل الفصل بين السلطات وأصل نظام الدرجتين ، أو كان لم يراع في إصداره أو في تحريره القواعد انشككية التي اشترطها القانون لصحة الأحكام (قاضى ص ١٤٦ . وقد جاء فيه أن محكمة النقض تتيب على ما تثيره النيابة من تلك الأسباب أخذت هي بها أو لم تأخذ . أما ما قد يثيره المستشار المقرر في تقريره فلا تأبه له إلا إذا اقتضى نفس الحكم)

(١) جرسونيه ص ٦٧٤ وقاضى ص ١٤٦ و ١٤٧ وهامش ٤ و ٥ وتعليقات دالوز

من فقرة ٤٣٦٢ إلى ٤٣٩٣

(٢) ن . ف ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٥ (٨٦ د - ١ - ١٥٧) و ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧

(٨٩ د - ١ - ٢٧٦) و ٢٢ مايو سنة ١٩٠٠ (س ١٩٠٠ - ١ - ٣٦٨)

طبيعة الدعوى أو من موضوعها أو من صفات الخصوم أو من الحكم الصادر فيها^(١). ولقد أحسن المستشار (رو) في إبرازه خواص هذه الأسباب في تقريره الذى تلاه على دائرة العرائض بمحكمة النقض حيث قال «إن الأسباب الماسة بقواعد النظام العام هى التى تطالع محكمة الاستئناف بنفسها من خلال طبيعة الدعوى أو من موضوعها أو من صفات الخصوم أو من الحكم نفسه أو من بياناته؛ فهذه وحدها هى التى يجوز إيدؤها لأول مرة أمام محكمة النقض. أما الأسباب الأخرى التى لا تستلقت محكمة الموضوع والتى لم يكن قد عرضها الخصوم عليها، فلا يصح إيدؤها لأول مرة أمام محكمة النقض». وقد أخذت المحكمة بهذا الرأى فى القضية التى تلى فيها هذا التقرير فقالت «لا يقبل وجه الطعن الماس بقواعد النظام العام إلا إذا كان فى استطاعة محكمة الاستئناف تناوله هى بنفسها، لأنه ليس من القانون ولا من الدل أن ينحى على حكم مخاتمه للقانون إذا لم تكن المسألة التى خولف فيها القانون قد عرضت على المحكمة أو أشير إليها أو لم تكن تستطيع المحكمة الإلمام بها، أما ووجه البطلان المدعى به لم يكن ظاهرا بنفسه ولا هو قد عرض على محكمة الموضوع، فيجب التقرير بعدم قبوله»^(٢).

١٣٩ — أما اشتراط عدم اختلاط السبب بأى عنصر واقع آخر لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع، فظاهر لأن السبب لا يكون قانونيا صرفا إلا بتوافر هذا الشرط^(٣).

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية فى ذلك أنها قضت بعدم جواز التمسك

(١) سيمونه ققرة ١٥٢ وهامش ٢

(٢) ١٢ ديسمبر سنة ١٨٧١ (٧٢ د — ١ — ٣١٥) وتحرير المستشار (رو) من ٣١٦ و ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٤ — ١ — ١٣٣) و ١٠ فبراير سنة ١٨٩٦ (س ٩٦ — ١ — ١٨٤)

(٣) ٥ يناير سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ١٥) والأحكام التى أشار إليها جارسونيه فى ص ٦٧٥ هامش رقم ١٧ ثم حكم ٥ مارس سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٦ — ١ — ٣٥٢) وأول يولي سنة ١٩٢٤ (د ٩٢٦ — ١ — ٢٧)

بمخالفة الحكم لنص المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات (التي تقضى بسقوط الحق في رفع الاستئناف بعد ميعاده) إذا لم تكن الأوراق الدالة على صحة هذا الدفع قد قدمت لمحكمة الموضوع^(١).

وكذلك قضت بأن الدفع ببطلان بيع البضاعة التي حدد ثمنها بعملة أجنبية وإن كان في ذاته من النظام العام، إلا أنه لما كان الحكم بصحة العقد أو بطلانه يتعلق بما إذا كان البيع بالنسبة لظروفه يعتبر عملاً تجارياً تجرى عليه أحكام القانون الدولي الخاص أو عملاً تجارياً محلياً تجرى عليه أحكام القانون الداخلي، فإنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا كان الخصوم لم يعنوا بمرض هذه الظروف على محكمة الموضوع ولم يكن الحكم للطعون فيه قد تعرض لها^(٢).

١٤٠ — ولما كان هذا الكتاب لا يتسع لإيراد ما قيل في تعريف قواعد النظام العام^(٣) ولا لعدد ما يصح تقديمه من الأسباب المترتبة على مخالفة هذه

(١) ١٠ فبراير سنة ١٨٩٦ (س ٩٦ — ١ — ١٨١). أما قبول الطعن بعدم قبول الاستئناف لرفضه بعد الميعاد، فقد كانت محكمة النقض الفرنسية لا تعتبره من النظام العام، ثم عدلت عن ذلك إلى عكسه بحكمها الصادرين في ٧ أغسطس سنة ١٨٤٩ و ٢ أبريل سنة ١٨٥٠ (د ٥٠ — ١ — ٨١ و ٨٢) وحجتها التي ذكرتها في حكمين أن وظائف محكمة الاستئناف، كما حددها القانون بطبيعة القضايا وقيمتها، قد حددها كذلك بالوحدات التي يجب رفع الاستئناف فيها، وبهذا كان الدفع بعدم قبول الاستئناف المرفوع عن حكم أصدرته محكمة الدرجة الأولى بصفة انتهائية كالرفع بعدم قبول الاستئناف لرفضه بعد الميعاد، كلاهما من النظام العام. وللأفوكاتو العمومي نيقولا جيار رأي مخالف، فرق فيه بين الدفين واعتبر الثاني منهما غير متعلق بالنظام العام (راجع مرافعته في دالوز ١٨٥٠ — ١ — ٢٥٧ وما بعدها)، وهو رأي وجيه جدير بالنظر والاعتبار وإن كان القضاء الفرنسي والمختلط والأهلي قد ثبت على خلافه (المشايخي س ٦٢٨ هامش رقم ١).

(٢) ن. ف. ٢٠ فبراير سنة ١٩٣١ (س ٩٣١ — ١ — ١٨١) وراجع أيضاً ن. ف. ١٧ أبريل ١٩٢٦ (س ٩٢٦ — ١ — ١٣٦) ون. ف. ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ (س ٩٣٠ — ١ — ١١٧).

(٣) على أنه يمكن حصر هذه الأقوال في طائفتين أو في ثلاث: الطائفة الأولى طائفة من لم يضع حداً عاماً لما هو من النظام العام وما ليس منه، ولأنها يحاول تعريف النظام العام بتعداد المسائل التي تعتبر القوانين الملقة بها من النظام العام، ومن هؤلاء الفقهاء الإيطاليون، فاتهم =

القواعد ، فحسبنا أن نذكر تأنيصاً لما قدمناه أن محكمة النقض الفرنسية قد قبلت الطعون المبنية على مخالفة قاعدة الفصل بين السلطات العامة^(١) ، أو أصل عدم انعطاف القانون على الحوادث السابقة عليه^(٢) ، أو عدم ولاية المحاكم القضائية بنظر الدعوى^(٣) ، أو قاعدة سقوط الحق في الاستئناف لرفضه بمد الميعاد^(٤) ، أو عدم جواز الاستئناف في الأحكام الاتهامية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى^(٥) ،

== حين يحصون هذه المسائل يقولون إن القوانين المتعلقة بالنظام العام هي القوانين السياسية والإدارية والمالية والجنائية ، وقوانين المسؤولية المدنية ، والقوانين المتعلقة بالتنفيذ الجبري ، والأجراءات والأفلاس والقوانين المتعلقة بالمقاررات والمقولات والنصر والملاينة لمصلحة الغير ، والقوانين المتعلقة بالثقة العامة . والطائفة الثانية طائفة من يرى ترك المسألة لتقدير القاضي ، وهو ما رآه المعهد العلوي في دور انعقاده بباريس سنة ١٩١٠ ، واتخذ الأستاذ يبله أصلاً ودافع عنه بأن ما يجتر من النظام يتغير من بلد إلى بلد ومن وقت لآخر ، فلا فائدة من تعريفه مقدماً بصيغة واحدة لكل البلاد أو لجميع الأزمان . والطائفة الثالثة طائفة من يكتفي بتحديد المقصود بقواعد النظام العام في صيغة واسعة ، ومن هؤلاء الأستاذ فاليري ، إذ يرى أن لا فائدة من حصر هذه القواعد أو تعديدها بتعريفها تعريفاً غامضاً ، ويكتفي بالقول بأن قاعدة النظام العام تميز عن القواعد القانونية الأخرى بـعـيـرتين اثنتين : أولاً ما أن يكون الفرض من هذه القاعدة إما تنظيم ما يسيه *la chose publique* مستنداً إلى الباب الأول من الكتاب الأول من قانون العقوبات الفرنسي ، ويعني بذلك القوانين المقصود بها حماية أمن الدولة في الداخل والخارج وحماية نظام الحكم فيها واستتباب السكينة والنظام القضائي والمالي والإداري والاقتصادي وحماية الآداب المرموقة ، ولما أن يكون الفرض منها حماية الحقوق العامة المقررة في الدستور والمعروفة بالحريات الضرورية ، كحرية التفكير والعمل وحرمة المنازل والملكية : وثانيتهما أن يكون لمخالفة هذه القاعدة جزاء ينص صريح في القانون من عقوبة بدنية أو مالية توقع على المخالف ، كما يحصل ذلك عند مخالفة أحكام قانون العقوبات ، أو من بطلان التصرف المخالف للنظام العام (موجز القسمين الثالث والرابع من مقرر القانون الدولي الخاص للأستاذ الزيني فقرة ١٤٥ س ١٩١ و ١٩٢ و ١٩٣ وهوامشها والمراجع التي به ، وقرأ فيه فقرة ١٤٧ في بيان مدى تطبيق قواعد النظام العام باختلاف الفرض منها في حق الوطنيين والأجانب في داخل أرض الدولة وخارجها) . وقرأ رسالة الدكتور W. Lienhard سنة ١٩٣٥ والسنهوري نظرية العقود من س ٤٩٠ إلى ٥٣٤ وهوامشها .

(١) ١٩ مايو سنة ١٨٢٥ (س ٨٢٥ — ١ — ٣١٠)

(٢) أول مارس سنة ١٩٠٩ (س ٩١٢ — ١ — ١٣٧)

(٣) ٣١ يناير سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٦ — ١ — ٣٤)

(٤) ن. ف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٤ — ١ — ١٠٩) و ٢ يولييه سنة

١٩٠٨ (د ٩٠٨ — ١ — ٤٤٥)

(٥) وهو ظاهر لأنه ليس من وظائف محاكم الاستئناف النظر فيما صدر من الأحكام ==

أو عدم قابلية الأملاك العامة للتداول أو التملك^(١). وكذلك قبلت الطعون المبنية على مخالفة الحكم المطعون فيه للشروط الشكلية الواجب توافرها في تأليف المحكمة التي أصدرته أو في توقيع ذات الحكم، أو على إصداره في جلسة غير علنية^(٢)، أو المبنية على عدم اتباع بعض القواعد الجوهرية المتعاقبة بإجراءات المرافعة أو المحاكمة كعلنية الجلسات^(٣)، أو على عدم الحكم بثبوت غيبة من لم يحضر من الخصوم فيما

== غير قابل للاستئناف. وقد قامت محكمة النقض الفرنسية في تقرير هذا الأصل إنه ليس للخصوم بتفاهقه أو بسكوتهم أن يعطوا محاكم الاستئناف اختصاصاً ليس لها بنظم القانون (حكم ٢٩ مايو سنة ١٨٥٠ (د. ٥٠ - ١ - ٢٣٧) و ١٣ يونيو سنة ١٨٩٢ (د. ٩٢ - ١ - ٣٥٠) في جواز قبول الطعن من المنشأت هـ، وحكم ١٥ يناير سنة ١٨٨٩ (س. ٩٠ - ١ - ٣٤٩) في جواز أخذ محكمة النقض بذلك الوجه من تلقاء نفسها.

(١) ١٩ أبريل سنة ١٨٥٦ (س. ٥٦ - ١ - ٨٠٨)

(٢) راجع في عدم تأليف المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه تأليفاً قانونياً ٨ يونيو سنة ١٨٤٧ (س. ٤٧ - ١ - ٦٠٣) و ٢ مايو سنة ١٨٩٢ (س. ٩٣ - ١ - ٢٥٣). أما حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر من هيئة غير مؤلفة تأليفاً قانونياً، فلا يصح التمسك بطلانه لأول مرة أمام محكمة النقض مادامت الهيئة التي أصدرت الحكم الاستئنافي كانت صحيحة التأليف (في فقرة ١٣٢)

وراجع حكم محكمة النقض الصورية في ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ في بطلان الحكم لعدم اشتراك من سعى المرافعة من المستشارين في إصداره وعدم توقيعه على مسودة (القانون والاقتصاد س. ٣ رقم ٩٥ ص ٨١) ون. م. ج. ١٦ يناير سنة ١٩٣٣ في اعتبار الطعن بأن أحد القضاة الذين اشتركوا في إصدار الحكم المطعون فيه كان وكيل النيابة وحقق القضية ماساً بمبدأ عدم إمكان الجمع بين وظيفة النيابة ووظيفة انقضاء الذي هو من أصول النظام الطبيعي العام المفهومة بالضرورة (القانون والاقتصاد س. ٣ رقم ٧٧) وقارنه ن. م. ج. ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (المرجع المتقدم س. ٣ رقم ٤٠) في أن الطعن بأن أحد قضاة الهيئة التي أصدرت الحكم المطعون فيه كان قبل دخوله في القضاء محامياً، وكان وكيلًا عن خصم الطاعن (المحيي عليه) في الدعوى المطعون في حكمها، هو طعن قائم على حالة من الحالات الموجبة للرد فلا يمكن التحدي به لأول مرة لمحكمة النقض، بل الواجب ادعاؤه في المبدأ القانوني وبالطرق المقررة لرد القضاء.

(٣) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٣٧، ١، ون. ف. ١٨ يناير سنة ١٨٣٠ (س. ٨٣٠ - ١ - ٤٣٠) في بطلان الاجراءات لعدم علنية المرافعات أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ون. م. ج. ١٦ مايو سنة ١٩٣٢ (مجموعة القواعد القانونية ج. ٢ رقم ٣٥١ ص ٥٤٨ و ٥٤٧ الصادر بنقض حكم محكمة الجنايات القاضي ببراءة متهمين لم يقدموا لقاضي الإحالة، لاعتبارها تهدم الجناة لقاضي الاحالة من قواعد النظام العام. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ==

وجب الحكم بثبوت الغيبة فيه^(١)، أو على بطلان الاتفاقات والمقود المخالفة قواعد النظام العام^(٢)، أو على عدم صحة تمثيل من ناب عن الدولة^(٣) أو القرى^(٤)

== إجراءات التفليس من قواعد النظام العام ، ٨ أبريل سنة ١٨٨٤ (د ٨٤٥ - ١ - ٤٣٩) بخصوص بطلان الحكم الصادر في المنازعات التي تنشأ عن التفليس بسبب عدم تقديم أمور التفليس تقريره عنها لأودة الشورة (قأى ص ١٥٣ وهامش ٢٢) ، وكذلك إجراءات المعاوضة قبل الاذن برفع دعوى الفرقة بين الزوجين عملاً بالمادة ٢٣٨ من القانون المدني (قأى ص ١٥٤ هامش ٢٥)

(١) إن وجوب الحكم بثبوت غيبة من لم ينصر من المدعى عليهم وتأجيل الدعوى لاعلانهم بالحكم هو قاعدة معتبرة في فرنسا من النظام العام أمام المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف (جارسونييه جزء ٦ ص ٦٧٤ وهامش ١٤) . وليس الأمر فيها كذلك في القانون الأعلى ، لأن نص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات المعدل إنما يعلق الحكم بثبوت الغيبة وتأخير الدعوى إلى ميعاد يمكن فيه إعلان الحكم للقائمين على طلب المدعى ذلك من المحكمة .

(٢) كبطان الاتفاق التضمن الالتزام بدفع فوائد ربوية تزيد على الخمد القانوني (٢٨ يونيو سنة ١٨٧٦ ، د ٧٦ - ١ - ٣٧٥) ، ودفع فوائد على الفوائد كذلك (٥ يولييه سنة ١٨٩٥ ، س ٩٧ - ١ - ١٣٣) و ٤ مارس سنة ١٩٠٢ ، (د ٩٠٣ - ١ - ٢١٥) في مخالفة نص المادة ٢٠٧٨ من القانون المدني القابلة للمادة ٥٤٣ من قانوننا . وقد اعتبرت المحاكم المصرية مخالفاً للأداب العامة المسرة في الزواج وتأخير مكان للعدارة ، كما اعتبرت كذلك بيع الرتب والنياشين والحجر على الحرية في الاعتراف والتأجير والمزايدة والزواج ، والاتفاقات الحاصلة بقصد الاعفاء من المسؤولية في الجرائم أو من الفس والتدليس .

هذا وقلم تعرض لمحكمة النقض مسألة جواز التمسك لأول مرة أمامها بأسباب بطلان الاتفاقات باعتبارها ماسة بالنظام العام ، لأنه يندر من جهة ألا يحصل التمسك بهذه الأسباب أمام محكمة الموضوع ، ولأنه من جهة أخرى لا يتصور إيدؤها باعتبارها أسباباً قانونية صرفة إلا إذا كانت بيانات الحكم — فوق كفاية دلالتها على قيام أسباب البطلان هذه في الدعوى — تدل على أن محكمة الموضوع مع إلمامها بهذه الأسباب تكون قد اعتبرت الاتفاق مع ذلك صحيحاً وأعطته أحكام القصد الصحيح (قأى فقرة ١٤٣ ص ١٥٨) .

(٣) وقد قالت محكمة النقض الفرنسية بحكمها في ٧ يناير سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ - ١ - ٣٠٨) : إن المسألة المرفوعة لها ليست مسألة بطلان في الإجراءات ، وإنما هي مسألة ما إذا كانت الدولة قد مثلها في الخصومة من له الاذن ، أو لم يمثلها ، فهي لتلك من النظام العام ويصح إيدؤها لأول مرة .

(٤) وكذلك قالت بحكمها في ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٥ (د ٨٧ - ١ - ٤٩٢) . وأساس الإدارة المحلية في فرنسا هو البلدة أو القرية la commune . وهذا اللفظ يطلق في اصطلاحهم على المدن التي يبلغ عدد سكانها مئات الألوف من الأفس ، وعلى القرى التي لا يتجاوز أهلها بضع مئات . والسلطات الادارية التي تتولى الادارة المحلية في القرى عندهم =

أو المنشآت الخيرية^(١) أو عن القصر والمحجور عليهم فيما يرضونه أو يرض عليهم من الدعاوى أمام المحاكم^(٢).

أما وجوب تقديم الدعاوى أمام محكمة من محاكم الدرجة الأولى ثم أمام محكمة من محاكم الدرجة الثانية وعدم جواز عرض النزاع على محكمة الدرجة الثانية مباشرة فلم تعتبره محكمة النقض الفرنسية من الأصول المتعلقة بالنظام العام^(٣)، ولذلك قضت بعدم قبول وجه الطعن المبني على أن محكمة الاستئناف قد فصلت في طلب جديد لم يسبق عرضه على محكمة الدرجة الأولى^(٤). ثم رأت بعد ذلك، في حكمها

== هي المجلس البلدي والنسبة. ومن وظائف العمدة أنه يمثل قريته أو بلده أمام الجهات القضائية مدعية أو مدعى عليها، ولكنه لا يستطيع القيام عنها في هذه الشؤون إلا إذا أذن له فيها من المجلس البلدي أو من مجلس المديرية (مادة ١٢١ من قانون ٥ أبريل سنة ١٨٨٤). وقد بقى هذا الاستئذان ضرورياً وجوهرياً لصحة انعقاد الخصومة إلى أن صدر قانون ٨ يناير سنة ١٩٠٥ فاسترد العمدة أهليته التامة في تمثيل بلده، لكن بقي حق الأفراد في تمثيل بلدهم مفقراً إلى إذن خاص (راجع هوريو في موجز القانون الإداري بالطبعة العاشرة ص ٩٠٧ — ٩٠٩ وجايو طبعة أولى ص ٦٤ هامش ١ وحكم ١٢ نوفمبر سنة ١٨٨٣، ٨٤٥ — ٩٧٧)

(١) راجع فيمن يمثل المنشآت الخيرية جارسوني ج ١ ص ٥٥٦ وهامش ١.
(٢) الزوجة عندما كالقاصر ولها زوجها، ففي إذن لها بالتصرف صح، وإلا بطل بطلاناً نسبياً. والقضاء الفرنسي جرى على اعتبار البطلان المترتب على عدم أهلية الزوجة للتقاضى بغير إذن زوجها ماساً بالنظام العام، وذلك على تقدير أنه من الإجراءات الشكلية الواجبة صراعاتها في حق الزوجة (المادتان ٢١٥ و ٢١٨ من القانون المدني ون. ف ١٥ نوفمبر سنة ١٨٧٥، ٧٥٥ — ١ — ٥٣٥). وقد أشير إلى التفرقة بين بطلان مباشرتها التقاضى بغير إذن زوجها وبين بطلان ما تنقده من العقود بغير إذنه في جارسوني ص ٦٧٤ هامش ١١ وفأى ص ١٥٦ هامش ٣٥ ومطول بلانول ج ٢ ص ٣٧٦ وهامش ٣.
وراجع في بطلان التقاضى لعدم أهلية المحجور عليه له، طبقاً للمادة ٥٠٢ من القانون المدني الفرنسي، حكم أول فبراير سنة ١٨٧٦ (٧٦٥ — ١ — ٨٠) ويقول جايو: إن عدم أهلية القصر والمحجور عليهم للتقاضى لا يتعلق بغير مصلحتهم في الواقع، إلا أنه لماسه بأصل التقاضى أصبح يتعلق على نوع ما بالنظام العام (ص ٦٤)، ولذلك لا يجوز التحك بهذا السبب أمام محكمة النقض إلا لمن ينوب عنهم نيابة صحيحة، أما خصمهم فلا يجوز له التمسك به (راجع فأى ص ١٥٥).

(٣) فأى ص ١٥٢ وحكم ٥ مايو سنة ١٨٨٦ (س ٨٦ — ١ — ٣١١) و ١٣ يوليو سنة ١٨٧٥ (٧٦٥ — ١ — ١١٨).

(٤) فأى ص ١٥٢ وتطبيق جلاسون في (٨٩٥ — ١ — ١٧٧).

للصادر في ١٣ مارس سنة ١٨٨٩^(١) ، وجوب التفرقة بين الطلب الجديد يقدم لمحكمة الاستئناف ضمن دعوى مرّت من قبل على محكمة الدرجة الأولى ، وبين الدعوى برمتها تقدم لمحكمة الاستئناف مباشرة ، وقالت إن مخالفة نظام الدرجات في الصورة الثانية هي التي تمس بالنظام العام^(٢) . ويرى المستشار فأى أن لا محل لهذه التفرقة وأن مخالفة ذلك الأصل في الصورتين لا أساس فيها بالنظام العام^(٣) . ومحكمة النقض المصرية قد قضت بما يوافق رأى محكمة النقض الفرنسية المعدول إليه فقالت : إن الدفع بعدم جواز التقاضى لدى محكمة الدرجة الثانية لأول مرة لا يكون من النظام العام إلا إذا كانت الدعوى برمتها مقدمة لتلك المحكمة مباشرة . أما إن كانت الدعوى قدمت في الأصل لمحكمة الدرجة الأولى ، وعند انتقالها للدرجة الثانية أضيف إليها طلب جديد متفرع عنها ومن المحظور إبداءه لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية ، فإن قبول هذا الطلب الجديد وعدم قبوله لا يكون متعلقاً بالنظام العام بل هو من قبيل المصالح الخاصة التي يملك الخصوم وحدهم فيها أمر القبول وعدمه ، ومتى أمسكوا عن الاعتراض على تقديم مثل هذا الطلب فإن المحكمة تملك النظر في موضوعه ، ومتى حكمت فيه فإن قضاءها يكون صحيحاً لا مطعن فيه^(٤) .

وكذلك قضت محكمتنا « بأن الحكم الصادر من المحاكم الأهلية باعتبار الوقف حاصلاً في مرض موت الواقف وبالسير في الاجراءات الموصلة لمعرفة ماذا يكون الحكم في النهاية ، يكون قضى ضمناً باختصاص المحاكم الأهلية بنظر دعوى بطلان الوقف الحاصل فيه النزاع ، وهذا القضاء الضمى المخالف للنظام العام هو سبب قائم

(١) ١٧ مايو سنة ١٨٩٣ (د ٩٤ - ١ - ١٢١)

(٢) ن . ف ٢٩ مايو سنة ١٩٠٢ (د ٩٠٣ - ١ - ١٠٠)

(٣) فأى ص ١٥٢ و ١٥٣ وهامشها رقم ٩

(٤) ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٢٤ ص ١٠١ والهامات

ص ١٥ ق ١ رقم ١٠٥ ص ٢٢٩)

ضلاً في الدعوى ومبطل للحكم الصادر فيها والمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها وتحكم بما يقتضيه قيامه وإن لم يثره الخصوم» (١).

الفرع الرابع

عدم جواز تمسك المدعى عليه في الطعن بالأسباب الجديدة

١٤١ — وكما لا يصح للطاعن أن يتمسك في طعنه بوجوه جديدة إلا إذا كانت أسباباً قانونية صرفاً أو حججاً قانونية، على ما سبق تفصيله، فكذلك لا يصح للمدعى عليه في الطعن أن يتمسك في تأييد طلبه الحكم برفض الطعن بما لم يسبق له عرضه من الأسباب على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو بما لم يسبق لهذه المحكمة من تلقاء نفسها التصدى له منها (٢). لأن ما يعرضه من ذلك يكون قوامه بالضرورة أموراً واقعية جديدة ليست بحكمة النقض بسبيل بحثها والنظر فيها لخروجها عن وظيفتها واختصاصها.

أما ما كان سبباً قانونياً صرفاً أو حجة قانونية فإنه يكون للمدعى عليه في الطعن أن يتمسك به في إقامة الحكم المطعون فيه على اعتبار أنه قد صدر موافقاً للقانون، لأنه يجب على القاضي تطبيق ما يجب تطبيقه من القواعد القانونية على حاصل الفهم في واقع الدعوى، بغير اعتبار إلى ما يكون للخصوم من رأى أو حجة أو توجيه؛ والمدعى عليه كالمُدعى إذ يعرض على القاضي دفعه ووجوه دفاعه يلتزم بتدبير ذلك كله على جميع الوجوه القانونية الصالحة لتأييد مركزه في الخصومة. ويتربط على ذلك أن يكون للمدعى عليه في الطعن أن يتمسك بكل سبب قانوني صرف أو حجة قانونية كذلك متى توافرت شروط قبولها أمام

(١) ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد) رقم ٢٩ من ٢٨٠ والحاماة
س ١٦ رقم ١٠٧ من ٢٦٢)
(٢) ربروار دالوز ققرة ١٨٠٤ وكاربنتيه ققرة ٢٠٠٥ وما أشير إليه فيها من أحكام .

محكمة النقض ، بل يترتب عليه — كما سنشرحه في موضع آخر من هذا الكتاب — أن يكون لمحكمة النقض نفسها — متى رأت الحكم المطعون فيه صحيح النتيجة قانوناً — أن تحذف منه ما عساه يكون قد أخطأ فيه من الاعتبارات القانونية وأن تستعيض عنها بما يمكن أن ينبني عليه الحكم من الأسباب القانونية الصحيحة^(١).

الفرع الخامس

كيف تتحقق محكمة النقض من توافر شروط القبول في أسباب الطعن ؟

١٤٢ — قد جرت محكمة النقض الفرنسية ، في سبيل التحقق من توافر شروط القبول في أسباب الطعن ، على الرجوع إلى وقائع الدعوى المدونة في الحكم (les qualités) الشاملة أسماء الخصوم وصفاتهم والثبتة حضورهم أو تغيبهم عن الحضور وطلباتهم الأصلية والاحتياطية أو الإضافية وما حصل فيها من تعديل أو تنازل والأوجه التي بنوا عليها مزاعمهم ودفاعهم والنقط القانونية التي تناولتها بحوثهم . ذلك لأن المادة ١٤١ من قانون المرافعات الفرنسي قد أوجبت على المحاكم

(١) كاربنتيه فقرة ٢٠٠٥ ، ٢٠٠٥ مكررة وحكم ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ (س ٨٩ — ١ — ٥٢٠٨) وقد صدر هذا الحكم في نزاع على حق الانتفاع بالمياه الفائضة من نافورة من نافورات البلد ، دفع فيه للدعي عليه بأنه هو الذي تملك الحق بالتقادم ، وحكمت المحكمة في الدعوى على أساس أن هذه المياه من الأملاك العامة التي لا تملك بالتقادم ، فطن في الحكم ؟ فلما رأت محكمة النقض أن المياه من أملاك البلد التي لا يمكن تملكها بالتقادم ، وأن الدفع بعدم تملكها إنما هو دفع خاص للقائمين على المنافع العمومية ، وأن بيانات الحكم تسمح مع ذلك بإثباته على ما صدر به إذا بني على أسباب آخر صحيحة ، رفضت الوجه الخامس بذلك من وجوه الطعن ، وأبرمت الحكم المطعون فيه وأقامته على أسباب أخرى استفادت من البيانات الدالة على عدم توافر نية التملك في وضع اليد . وكذلك جرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها المؤرخ في ١٦ يوليو سنة ١٨٨٨ (س ٨٩ — ١ — ١٠٨) وحكمها في ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٥٨ (س ٥٩ — ١ — ٦٨٢) في عدم جواز قبول سبب قدمه الدعي عليه يؤيد به طلب رفض الطعن لما فيه من عنصر واقعي جديد لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع (انظر كاربنتيه فقرة ٢٠٠٦)

الابتدائية ومحاكم الاستئناف — فيما أوجبت ذكره في الأحكام — إيراد النقط الواقعية والقانونية إيراداً موجزاً قبل ذكر الأسباب التي بنيت عليها تلك الأحكام، ثم أجازت المادة ١٤٢ لوكيل من كسب الدعوى — إذا كان الحكم حضورياً — أن يحرر وقائع الدعوى الشاملة لأسماء الخصوم وصناعاتهم ومحال إقامتهم وطلباتهم وقطع الدعوى الموضوعية والقانونية، على أن يعلن الورقة التي يحررها لوكيل الخصم، ولهذا أن يعارض فيما دون بها فيفصل رئيس الجلسة أو أقدم قضاة الهيئة التي حكمت في الدعوى في هذه المعارضة، ويؤثر بما يجب إضافته أو حذفه (راجع المواد ١٤٢ وما بعدها من قانون المرافعات). ولأهمية هذا الجزء من الحكم عندهم، ولما يترتب على عدم المعارضة فيما دون به من جواز حمله على الصحة والكفاية، قد رأت محكمة النقض ألا تعول إلا عليه وألا تقبل المذكرات المفصلة لوجوه الدفاع، إلا إذا كان قد أشار هذا الجزء من الحكم إلى تقديم تلك المذكرات أو بحثت المحكمة فعلاً بعض ما ورد بها في أسباب حكمها المطعون فيه. ذلك لأنها تقدر أن ما لم يشر الحكم إلى تقديمه من الطلبات ووجوه الدفاع التي استمدت منها أسباب الطعن يكون قد تركه صاحبه لدى المرافعة ولذلك لم يمن هو بالعمل على تدوينه في الحكم أو الإشارة فيه إلى مظان تقديمه للمحكمة^(١).

وقد رأينا موسوعة كاربنتييه تفرق بين أحكام المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف التي لوكلاء الخصوم في تحرير وقائعها نوع اشتراك أو إشراف، وبين أحكام قضاة الصلح وأحكام المحاكم التجارية التي يباشر تحريرها كتابة هذه المحاكم. وتقول إنه إن صح أن يحمل سكوت الأحكام الأولى عن الإشارة إلى سبب الطعن المتنازع في جدته على أن صاحب السبب قد تركه لدى المرافعة

(١) راجع كاربنتييه فقرة ٢٠٩٩ وما بعدها وحكم ٢٨ يونيه سنة ١٨٩٢ (س ٩٣ — ١ — ٤٦٨). على أنه يكفي أن يكون الحكم المطعون فيه قد بحث السألة المتعلقة بوجه الطعن لاعتباره غير جديد (تعليقات دالوز فقرة ٣٩٧٨ — ٣٩٨٠)

بعد التمسك به في المذكرة المقدمة منه ، ولذلك لم يعن بإيراده في الوقائع ، فانه يجب حمل هذا السكوت في الأحكام الأخرى على اعتدادها في الذكر وعدمه بجميع ما اشتملته المذكرات التي تبادلها الخصوم بينهم بصفة قانونية^(١) .

وما أحسن وأوجز ما انتقد به جارسونيه^(٢) نظام تحرير وقائع الدعوى عقب الحكم فيها على الوجه اللين بقانون المرافعات الفرنسي حيث قال : حسب هذا النظام من خطر وضرر أن يكون من آثاره أن تقضى محكمة النقض بعدم قبول سبب الطعن لمجرد عدم وروده أو عدم الإشارة إليه في الجزء المخصص من الحكم للطعون فيه بذكر وقائع الدعوى .

١٤٣ — وما دام شارعنا لم يأخذ في القانون الأهلى بهذا النظام ولم يشر إلى هذا الجزء من الحكم (مع أهمية وجوب العناية بتحريره) ، لافى المادة ١٠٣ مرافعات التي توجب اشتمال أحكام المحاكم الابتدائية والاستئنافية على الأسباب التي تبنى عليها ، ولا فى المادة ١٠٥ التي تنص على ما يجب ذكره فى نسخة الحكم الأصلية ، فقد تعين الرجوع إلى صحائف الدعوى والمذكرات وجميع الأوراق والمستندات التي كانت تحت نظر محكمة الموضوع ، لمعرفة ما إذا كان سبب الطعن قد عرض أو لم يعرض على محكمة الاستئناف ، ووجب اعتبار سكوت الحكم عن إيراد سبب الطعن مؤذناً بالاعتداد فى ذلك بما اشتملت عليه تلك الأوراق المعتمدة قانوناً من ملحقات الحكم^(٣) . وقد يتنا فى موضع آخر أن هذا هو مذهب محكمةنا المصرية الجنائية والمدنية .

(١) كارييتيه فقرة ٢١٢٥

(٢) جزء ٦ ص ٦٦٩ وجزء ٣ فقرة ٦٧٨ .

(٣) وقد قضت محكمةنا برفض الطعن ، إذا لم يكن بالحكم للطعون فيه ما يدل على صحة ما ادعاه الطاعن من أنه قد اعترض على طلب أبناؤه خصمه لأول مرة لمحكمة الدرجة الثانية ، ولم يقدم الطاعن لمحكمة النقض مذكرة أو محضر جلسة يدل على أنه قد اعترض لدى محكمة الاستئناف على الطلب الجديد وأن هذه المحكمة مع اضطلاعها بهذا الاعتراض قد أغفلت ذكره والرد عليه (٣١ يناير سنة ١٩٣٥ السابق الذكر ، القانون والاقتصاد ص ٥ رقم ٢٤ ص ٢٨٠)

وإننا نختتم هذا البحث بلفت النظر إلى ضرورة تقديم صور هذه الأوراق كلما لاحظ الخصوم قصور الأحكام المطعون فيها عن إيراد جميع قط الدعوى الواقعية والقانونية ، وبخاصة عن الإشارة إلى ما قدموه من الطلبات ووجوه الدفاع التى استمدوا منها أسباب الطعون ، فبذلك تستطيع محكمة التقضى الفصل فيما يقوم بينهم من نزاع على جلة الأسباب وعدم قبولها .

وقد قررت أيضاً بأنه إذا ادعى الطاعن أن علة تأخيره فى دفع الثمن هى وجود عجز فى المبيع وأن الحكم المطعون فيه لم يرد على دفاعه هذا ، ثم تبين أن هذا الحكم لم يثبت به هذا الادعاء ولم يقدم الطاعن من جانبه لمحكمة التقضى أى دليل على حصول ادعائه بذلك لدى محكمة الاستئناف ، فادعائه هذا يكون من الأسباب الجديدة (٢ مايو سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٥٨ ص ٢١١)

الباب الثاني

في حالات الطعن على التفصيل

الفصل الأول

في الطعن بمخالفة القانون أو بالخطأ في تطبيقه أو في تأويله

الفرع الأول

في معنى مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي تأويله

١٤٤ - في القانون الفرنسي : تدل نصوص القانون الفرنسي ، من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ (المادة ٣) إلى قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ (المادة ٧) وكذلك نصوص جميع اللساير المتعلقة بوظائف محكمة النقض ، على أن المخالفة الصريحة للقانون (la contravention expresse à la loi) هي التي تجيز الطعن في الأحكام بالنقض . ولذلك كانت محكمة النقض الفرنسية تنقيد في أوائل عهدها بهذه النصوص ، متأثرة بظاهرها وبآراء الفقهاء في ذلك العصر ^(١) ،

(١) اقرأ ما نقله ريرتوار دالوز عن الفقيه هنريون دي بانسي من أن القول بالخطأ في تطبيق القانون هو بدعة شنيعة *une innovation funeste* (فقرة ١٣٥٧) وما نقله في هذه الفقرة عن كاربه من أن الرأي الذي كان سائداً في ذلك العصر أن التفسيرات القانونية ، صحيحة كانت أم غير صحيحة ، إذ تقوم كلها على الشك ، لا يصح إزالتها منزلة القانون واعتبار الخطأ فيها خطأ في القانون . ويعرب هذا النظر من نظر « نفاة القياس » في الفقه الإسلامي ، إذ يقولون إن القياس لا بد فيه من علة مستنبطة من حكم الأصل ، والحكم في الأصل يحتمل أن يكون مملا وأن يكون غير مملا ، وإذا كان مملا احتمل أن يكون لنا طريق إلى العلم بسلته ، واحتمل ألا يكون لنا طريق ، وإذا كان لنا طريق احتمل أن تكون العلة هي هذه المينة ، =

فكانت تقبل الطعن إذا تعارض الحكم المطعون فيه تعارضاً تاماً مع القانون (*en opposition diamétrale*) ولا تقبل الطعون المبنية على مجرد خطأ في تأويل القانون أو في تطبيقه^(١). ثم جعلت تتحرر من هذا الظاهر^(٢) فأخذت تنقض الأحكام المبنية على مخالفة روح القانون، ثم الأحكام المبنية على الخطأ في التكييف وتطبيق القانون^(٣).

١٤٥ — وأنت إذا لاحظت أن فهم القانون هو العلم بمراد الشارع منه

== وأن تكون جزء علة، وأن تكون العلة غيرها، وإذا ظهرت العلة احتمل ألا تكون في الفرع، وإذا كانت فيه احتمل أن يتخلف عنها الحكم لمعارض آخر. وما هذا شأنه، كيف يكون من حجج الله وأنبياؤه وأدلة الأحكام التي هدى الله بها عباده؟ (أعلام الموقعين الجزء الأول ص ٢٣٧)

(١) وكذلك كانت الحال في القانون الفرنسي القديم حين كان مجلس الملك يتولى قض الأحكام، فلا يقبل الطعن في الحكم إلا إذا كان مخالفاً للأوامر الملكية (وما جرى مجراها من القواعد القانونية) مخالفة ظاهرة *claire* حرفية *littérale* (مارتن ققرة ٢٨)
(٢) وقد ساعد على هذا التطور أن النص الوارد في المادة ٣ من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ على «المخالفة الصريحة لنصوص القانون *contravention expresse aux textes de la loi*» قد استبدل به في دستور ٢٤ يونيو سنة ١٧٩٣ وفي الدساتير اللاحقة عليه والمادة ٧ من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ النص على «مجرد المخالفة الصريحة للقانون *contravention expresse à la loi*»

ثم استبدل بهذا النص في المادة ٨٨ من الباب السادس من قانون ٢٧ فتور سنة ٨ النص على «مخالفة الحكم للقانون *jugement contraire aux lois*»

(٣) جارسوني ققرة ٣٦٨ وتيسيه ص ٤٧٣ و ٤٧٤ ومارتن ققرة ٤٧.
والناثرة الجنائية هي التي ابتدأت باعتبار الخطأ في تطبيق القانون أو في تأويله حالة من حالات الطعن بطريق النقض، مستتية في ذلك بما دلت عليه نصوص القوانين الجنائية (المادة ٢٣ من الباب السابع من قانون ١٦ — ٢٩ سبتمبر ١٧٩١) فقد جاء فيها ما نصه:

Dans le cas où le jugement aura été annulé à raison de fausse application de la loi

والرسوم بقانون ٢٩ سبتمبر — ٢١ أكتوبر سنة ١٧٩١ اتفق جاء به:

Les demandes en cassation ne peuvent être formées que ou pour fausse application de la loi

في ٣ برير سنة ٤ والواد ٤١٠ و ٤٢٩ و ٣٣٤ من قانون تحقيق الجنائيات.
ولعل أنتم أحكمها في ذلك هو حكم ٢٦ فريكنيدور سنة ٤ المشار إليه في ققرة ١٧٩٦ من ربرتوار فالوز تحت كلمة «نصب».

وأن هذا العلم يعرف تارة من عموم لفظه وتارة من عموم علته ، وأن الحوالة على الأول أوضح لأرباب الألفاظ ، وعلى الثاني أوضح لأرباب المعاني والفهم والتدبر ، وأنه يعرض لكل من الفريقين ما يخل بمراد القانون ، فيعرض لأرباب الألفاظ التصيير بها عن عمومها وهضمها تارة وتحميلها فوق ما أريد بها تارة أخرى ، ويعرض لأرباب المعاني نظير ما يعرض لأرباب الألفاظ ، فينشأ من ذلك غلط الفريقين . إذا لاحظت ذلك ، ولاحظت أن قه القانون أخص من فهمه ، وأنه قدر زائد على مجرد فهم اللفظ ينحصر في استنباط المعاني والملل ونسبة بعضها إلى بعض واعتبار ما يصح منها بصحة مثله ومشبهه ونظيره وإنشاء ما لا يصح منه ، وأن الناس متفاوتون في ذلك تفاوتهم في العلم والنظر ، وأن دلالة النصوص نوعان : حقيقية وإضافية ، فالحقيقية تابعة لقصد التكلم وإرادته ، وهذه الدلالة لا تختلف ، والإضافية تابعة لفهم السامع وإدراكه وجوده فكره وقريحته وصفاء ذهنه ، وهذه الدلالة تختلف اختلافاً متبايناً بحسب تباين السامعين في ذلك ^(١) — إذا لاحظت ذلك وما إليه ولاحظت أنه لا سبيل لتطبيق القانون على ما يقوم بين الناس من المنازعات المختلفة المتطورة إلا بعد استثمار نصوصه واستنباط الأحكام الفرعية المتنوعة منه ، وأن لا سبيل كذلك إلى الانتفاع بما يستنبط من هذه الأحكام إلا إذا حكمت في الخلاف فيها جهة عليا ترأب استنباطها كما ترأب كل اجتهاد في تفسير القانون وتأويله — إذا لاحظت هذا كله تبين لك صحة ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية أخيراً من اعتبار الخطأ في ذلك كله خطأ في القانون يجب أن تضطلع هي بالإشراف عليه لتقويم معوجه .

١٤٦ — في القانون المصري : ولئن كان الواقع أن مخالفة القانون والخطأ في تأويله أو في تطبيقه إنما هي صور ثلاث لحالة واحدة هي الخطأ في القانون ، وأن في النص على جواز الطعن في الأحكام إذا بنيت على مخالفة للقانون ، غنى

(١) مقتبس من فصل طويل قيم كنبه صاحب أعلام الواقعين في الجزء الأول منه .

عن النص على جواز الطعن فيها إذا بنيت على الخطأ في التطبيق أو في التأويل^(١)، فإن شارعنا مع ذلك قد رأى — قطعاً للشك — أن ينص على هذه الصور الثلاث في المادتين ٩ و ١٠ من قانون محكمة النقض وأن يتخذ في بيانها الألفاظ الثلاثة التي استعملت في كتب الفقه وأحكام المحاكم القرنية للدلالة على نوع الخطأ الذي يميز الطعن :

“voilation, fausse application ou mauvaise interprétation de la loi”

١٤٧ — على أن مخالفة القانون (بمعناها الحقيقي) تكون بترك العمل بنص قانوني لا يحتمل التأويل ولا خلاف في وجوب الأخذ به في الدعوى . ومن أمثلتها تجرئة الإقرار القضائي على خلاف حكم المادة ٢٧٣ من القانون المدني ، وعدم الأخذ بمحجة الشيء المحكوم به على خلاف نص المادة ٢٣٢ من القانون المدني ، وعدم قبول الإثبات بالبينة على أن البيع الوفاي كان مقصوداً منه إخفاء رهن على خلاف نص المادة ٣٣٩ المعدلة من القانون المدني .

١٤٨ — والخطأ في تأويل القانون يكون بإعطاء النص الواجب تطبيقه معنى غير معناه الحق . ومن أمثلته قياس الدفع بعدم قبول دعوى الدين قبل حلول أجل الوفاء على الدفعوع الابتدائية التي أوجب القانون تقديمها في مبدأ الخصومة وإلأسقط الحق فيها^(٢)، وتمدية أحكام الدفع بيطلان أوراق المرافعات الواردة بالمواد ١٣٢ و ١٣٨ و ١٣٩ من قانون المرافعات إلى الدفع بيطلان مشاركة التحكيم لمخالفتها نص المادة ٧٠٥ من قانون المرافعات^(٣) ، وتحريم إيهال المدين

(١) اكتفى القانون البلجيكي بالنص على جواز الطعن بمخالفة القانون (المادة ٢٠ من قانون الاختصاص في المواد المدنية الصادر في ٢٥ مارس سنة ١٨٧٦ (سيمويه فقرة ١٩٦) واكتفى القانون الصادر في ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ بالخطأ في تطبيق القانون (المادة ٤٢٨) .

(٢) جارسونيه ص ٦٥٤ هامش ٨

(٣) ن . م . م . ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١٤ ص ٣٠ والهامدة س ١٥ ق ١ رقم ٨٧ ص ١٨٣)

في الوفاء لجرد ثبوت مداينته بمقد رسمي^(١)، وتناول نصوص مواد القانون المدني الخاصة بإتساع الالتزام بالقوة القاهرة لتقرير حكم إتساع الالتزام بسبب طروء الحوادث المهرقة بالمدين التي لم تبلغ مبلغ الحوادث القاهرة وجعل السخ فيها على حساب الدائن^(٢).

١٤٩ — أما الخطأ في تطبيق القانون فيكون بالعمل في الدعوى بقاعدة قانونية لا تنطبق عليها، كالأخذ بأحكام القانون الأهلي فيما وجب الأخذ فيه بأحكام القانون المختلط، والأخذ بقاعدة من قواعد الفقه الإسلامي حيث لا يجب الأخذ فيه إلا بقاعدة قانونية. ومنه إخضاع الإبراء من الالتزام لقواعد الهبة الشكلية وعدم إخضاعه لقانون الأحوال الشخصية فيما اشترطه في المبرى من أهلية كاملة للتبرع، وعدم إخضاع وصية المسيحي لوارثه المسيحي لحكم الشريعة الإسلامية في عدم الأخذ بعدم نفاذ الوصية إلا بأجازة باقي الورثة^(٣)؛ ومنه قبول الدعوى التي يرفعها وارث البائع على المشتري يطلب بها تثبيت ملكيته للبيع اعتماداً منه على أن المشتري لم يسجل عقد شرائه وأن عقده غير المسجل لم ينقل إليه ملكاً له^(٤)؛ ومنه اعتبار إهمال المؤجر مستأجره في وفاء الأجرة تقصيراً منه ضاراً بالكفيل مخلياً لدمته مما أضاعه المؤجر بأهماله^(٥).

(١) جارسوني ص ٦٥٤ هامش ٩.

(٢) ن. م. م. ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ (الحامدة ص ١٢ ص ٧٣٢ رقم ٣٥٩) وحكم ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (الحامدة ص ١٢ ص ٧٢٤) في تأويل القانون واعتبار الحكم الصادر بنزع الملكية حاثراً لقوة الشيء المحكوم به مانعاً للمدين والحائر من رفع دعواهما بالمعارضة في مقدار الدين المراد التنفيذ من أجله.

(٣) ن. م. م. ٢١ يولييه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد ص ٤ رقم ٦٨ ص ٢١١ والحامدة ص ١٥ قسم أول رقم ٤٤ ص ٨٧).

(٤) ن. م. م. ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد ص ٣ رقم ٦٩ ص ٥١ والحامدة ص ١٣ رقم ١٩٦ ص ٣٩٣).

(٥) ن. م. م. ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد ص ٣ رقم ٩٤ ص ٧٨ والحامدة ص ١٣ رقم ٤٢٣ ص ٨٥٧).

ومن الخطأ في تطبيق القانون الخطأ في تكيف فهم الواقع في الدعوى بموجب القانون أو بحكم المقد . ومن أمثلته اعتبار الدعوى التي موضوعها المطالبة برد عين منصوبة غير قابلة للتجزئة ، إذا كانت العين مادية قابلة للتجزئة في ذاتها ومجزأة فعلاً ، تحت يد كل من المدعى عليهم بالنصب جزء معين فيها ويستند كل منهم في وضع يده إلى عقد قدمه صادر من مملكته^(١) ؛ وعدم اعتبار قطعة من الأرض من الأملاك العامة مع قيام ما يوجب اعتبارها كذلك^(٢) .

الفرع الثاني

في شروط هذا الطعن

١٥٠ — وسواء أكان مبنى الطعن هو مخالفة القانون أم الخطأ في تطبيقه أم في تأويله ، فإن ققه المادتين ١٠٥ و ١٠٩ من القانون يوجب : (أولاً) أن يكون ثمة قاعدة قانونية يمكن رد فهم الواقع في المسألة المحكوم فيها إليها وتطبيقها على هذا الفهم الثابت بالحكم المطعون فيه و (ثانياً) أن يكون الحكم قد أخطأ في هذه القاعدة القانونية سواء بمخالفتها أو بخطأ في تطبيقها أو في تأويلها و (ثالثاً) أن تكون المسألة القانونية المدعى وقوع الخطأ فيها قد عرضت على المحكمة التي أصدرت الحكم أو تعرضت هي لها و (رابعاً) أن يكون الحكم ذاته قد بني على هذا الخطأ أو على تلك المخالفة .

الشرط الأول

١٥١ — وقد أجبنا في فصل خاص ما يجب أن يفهم من كلمة « القانون »

(١) ن . م . م . ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٢٢
س ١٢١ والمطامير س ١٣ رقم ٦٢٠ ص ١٢١٦)

(٢) ٢٣ يونيو سنة ٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٥٧ ص ٤٣ والمطامير س ١٣
ص ٢٧٧ رقم ١٢٣)

التي أهمل الشارع بيانها عمداً — كما تقول للذكر الإيضاحية — حتى تتولى محكمة النقض تحديد المعنى المقصود منها ؛ فقلنا إنه ليس المراد من كلمة القانون ماسنته وتسسنه السلطة التشريعية بالأوضاع المعتادة (les lois formelles) بل المراد كل ما كانت مادته من قواعد السلوك المفروضة في المعاملات بين الأفراد، سواء أكان الذي فرضها ورتب الجزاء على مخالفتها صاحب السلطان في الدولة مباشرة أو غير مباشرة من عرف أو عادة أو معاهدة أو شريعة إسلامية أو قانون ديني آخر ؛ ثم فصلنا ذلك الإجمال في مباحث متعددة وأتينا في كل مبحث منها على ما جرى به قضاء محكمة النقض الفرنسية ، ثم على ما رأيناه من التوسعة ، مما لا وجه لتكراره أو تلخيصه .

الشرط الثاني

١٥٢ — وكذلك عقدنا للخطأ في القانون فصلاً آخر بينا فيه أن الفهم فهمان : فهم الواقع في الدعوى وفهم حكم القانون في هذا الواقع ، كما بينا ما هو طريق تحصيل الفهمين ، وما هو نشاط قاضي الدعوى وقاضي النقض في كل منهما ، وكيف يقع الخطأ في الفهمين ، وما الذي يعتبر منه أنه خطأ واقعي لا تراقبه محكمة النقض ، وما الذي يعتبر أنه خطأ في القانون تراقبه وتقومه هذه المحكمة ، ثم ما هو معنى التكييف ومذاهب الفقهاء فيه ، وما أثرت به هذه المذاهب في قضاء محكمة النقض الفرنسية قديماً وحديثاً ، وما هو مذهب هذه المحكمة الآن ، ثم أتينا فيه على أمثلة مختلفة تعين على فهم ما رجحنا من تلك المذاهب . وقد عقدنا بعد ذلك فصلاً لنشاط قاضي الدعوى وقاضي النقض في تفسير المحررات وتكييفها وتطبيقها ، وما يمكن أن يقال فيه إنه « بحث في الواقع » أو إنه « اجتهاد في القانون » أتينا فيه على مذاهب محكمة النقض قديماً وحديثاً ؛ ثم حللنا هذه المذاهب وشرحنا نظرية التفرقة في التفسير بين الشروط الصريحة والشروط الفاضلة ونظرية المسخ

وآراء الفقهاء في النظريتين ، ثم عقبنا على ذلك بما اخترناه مما فرقنا فيه بين فهم الواقع في الدعاوى المترتبة على العقود والحجرات وبين تكييف هذا الفهم بحكم قانون العقد أو الحرر وبين الأخذ بهذا القانون وتطبيقه ، ثم ذكرنا أمثلة مختارة يستعين بها القارئ على فهم ما قلناه .

الشرط الثالث

١٥٣ — وكذلك عقدنا فصلاً آخر لبيان ما يقبل وما لا يقبل من أسباب الطعن أمام محكمة النقض ذكرنا فيه أن الأصل هو عدم قبول الأسباب الجديدة وأن الاستثناء هو قبولها ، ثم بينا شروط قبول هذه الأسباب وعيننا بالأسباب القانونية الصرف وأسباب النظام العام ، ثم رسمنا الطريقة التي تتحقق بها محكمة النقض من توافر هذه الشروط في الأسباب ، وذكرنا لجميع ذلك أمثالا عدة .

الشرط الرابع

١٥٤ — أما معنى بناء الحكم المطعون فيه على خطأ في القانون فهو قيام قضاء القاضي على هذا الخطأ^(١) ، وكون هذا الخطأ هو العلة المؤثرة في ذلك القضاء^(٢) . فإذا أردت معرفة ما إذا كان القاضي قد أخطأ في قضائه خطأ قانونيا

(١) نريد بقضاء القاضي أمره الملزم في الخصومة على الوجه المعتبر عنده قانوناً ، أي كان موضع ذلك من حكمه ، أ كان هو كله في منطق قوله « حكمت المحكمة الخ » أم ذكر بعضه في الأسباب ووضع باقيه في هذا المنطق . وقد اختار الفقهاء الفرنسيون التعبير عن المعنى الوارد بالمتن بقولهم : يجب أن يقع الخطأ في نفس منطق الحكم دون أسبابه إلا إذا اتصلت الأسباب بالمنطق وارتبطت به ارتباطاً وثيقاً لا انفصام له (جارسوني ص ٦٥٥ وهامش ٣ وتيسيه ص ٤٧٢ وهامش ٢ ونفاي فقرة ١١٣) . والذي عدل بنا عن هذا التعبير هو ما جرت به أحكام المحاكم الأهلية من الاكتفاء بإيراد نتيجة النقص في المنطق وترك مقدماته في أسباب الأحكام .

(٢) ولا يعتبر الحكم المطعون فيه أنه يبنى على خطأ في القانون إلا إذا كان هو ذاته الذي يبنى على الخطأ ، فإن سلم من الخطأ ولكنه كان مؤسساً على حكم آخر وقع فيه الخطأ ولم يطعن فيه ، فإن الطعن فيه هو لا يصادف عمله (كاربنتيه فقرة ٣٠٥٩) . وقد قضت بذلك ضمناً =

يقتضى قرض حكمه أو لم يخطئ فيه ، فإليك إلا أن تقابل ما قضى به على ما أثبتته بحكمه من حاصل فهم الواقع في الدعوى ، بصرف النظر عما احتواه الحكم من القرارات القانونية ، فإذا رأيت أن ما قضى به جاء وفق القانون قيت عن الحكم كونه مبنيًا على الخطأ وإلا أثبت الخطأ وهضت الحكم .
ويتفرع على ذلك :

١٥٥ - أولاً : أن ما يرد في أسباب الحكم من القرارات القانونية الصحيحة لا يكون من شأنه أن يصحح منطوقه إذا كان قد بني على خطأ في القانون^(١) .

١٥٦ - ثانياً : أن ذكر أى اعتبار قانوني خاطئ في أسباب الحكم غير مؤثر فيه لا يفسد الحكم الصحيح ولا يكون بذاته سبباً من أسباب الطعن بالنقض^(٢) . ومما قضت به محكمة النقض الفرنسية طبقاً لهذه القاعدة :

== محكمتنا في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٤ ص ٩ والمحاماة س ١٧ ص ٤١٥ رقم ٢١١) وقاعدته : إذا طعن في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بتجليف الجمين ، وفي الحكم الصادر بعد ذلك في الموضوع على أساس الحلف ، وكانت أسباب الطعن كلها تتعلق بالحكم الأول وجب على الطاعن تقديم صورة من الحكمين ، فإن لم يقدم إلا صورة الحكم الثاني ، وكانت هذه الصورة خالية من كل ما تحتاج إليه محكمة النقض للتحقق من صحة الطعن وقيام أسبابه جاز الحكم برفض الطعن . . . ثم قضت به صراحة في حكم ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٧ ص ٨٩ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٨٦ ص ٩٨٦) حيث قالت : إذا كان الحكم المطعون فيه مؤيداً حكماً اجدياً لأسبابه وكان الحكم الابتدائي مبنيًا على حكم بالإيقاف قطعي في عدم الاختصاص ، وكان رافع الطعن قد قبل حكم الإيقاف فلم يتأقنه ولم يرفع عنه قرضاً فكل وجوه الطعن للنسبة على الاختصاص حين رفضها .

(١) جارسونييه ص ٦٥٥ وهامش ٢ ون . ف ٢٠ أبريل سنة ١٨٣٦ أشير إليه بقررة ١٤٦ ربرتوار دالوز تحت كلمة tierce opposition

(٢) جارسونييه ص ٦٥٥ وهامش ١ و ٣ وتيسيه ص ٩٣ وللذكرة الايضاحية لقانون إنشاء محكمة النقض ص ٢٣ . وهو ما ثبت عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية : ١٦ يولييه سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٢ - ١ - ١٢) و ١١ فبراير ٩٠٨ (س ٩٠٨ - ١ - ١٤١) . وانظر ن . م . م ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٨ ص ١٢ والمحاماة س ١٢ ص ٥١٢ رقم ٢٥٣)

(١) أن اعتماد الحكم للطعون فيه في بعض أسبابه على نص قانوني مُلغى لا يعيبه ولا يستوجب نقضه إذا كان يعبره نص آخر ^(١).

(٢) وأن ما جاء ببعض أسباب الحكم من الخطأ في وصف حق الارتفاق المتنازع عليه بأنه من الحقوق المستمرة ليس من شأنه أن يعيب الحكم ، مادام منطوقه قد جاء متفقاً مع التطبيق القانوني الصحيح على واقعة الدعوى الثابتة بالحكم ^(٢).

ومما قضت به محكمتنا في ذلك : (١) أنها قررت قاعدة الباب فقالت إن مخالفة القانون الموجبة لنقض الحكم هي المخالفة الواقعة في منطوقه ، ولا أهمية لما يرد في

(١) كاربنتيه فقرة ٣٠٦٧ ، ٣٠٦٨ .

(٢) ن . ف ١٨ مايو ١٨١٦ (مجموعة فيلنوف ص ١٩١) وملخص القضية أن رجلاً ادعى أن له شرباً من بئر تابع لمنزل جاره ، وأن سنده فيه هو وضع اليد من قديم الزمان على مقتضى قانون العرف ، وأن مالك البئر يمارسه في حقه ، فحكمت محكمة الدرجة الأولى بطلبائه . ومحكمة الاستئناف بعد أن حققت وضع اليد أيدت الحكم المتأنف وقالت في أسباب حكمها إن المدعى كان يرتفق هو وأسلافه بماء البئر ارتفاعاً مستمراً ظاهراً يدل عليه أنه كان له مفتاح خاص لباب خارجي للبئر كما كان له على رأس البئر حاملة من الحديد خاصة بدلائمه ، ثم انتهت إلى القول بثبوت حق الارتفاق وتأييد الحكم المتأنف . طعن في هذا الحكم بمخالفته لنص المادة ٦٨٨ من القانون المدني التي تعتبر حق الارتفاق بالآبار والعيون *droit de puisage* من حقوق الارتفاق غير المستمرة التي تقتضي تدخل الإنسان في الارتفاق بها ، وكذلك بمخالفة نص المادة الثانية من الباب الثالث عشر من قانون عرف البلد والنواحي التابعة لمدينة مِتز Metz ، فرفضت المحكمة هذا الطعن وقالت في حكمها : إن حق الارتفاق المتنازع فيه هو حق ارتفاق غير مستمر بنسب المادة ٦٨٨ المتقدمة الذكر ، وإن الحكم للطعون فيه قد أخطأ في وصفه بأنه حق مستمر ، ولكن هذا الخطأ لم يؤثر في منطوقه لمحيطه مطابقاً لحكم المادة ٦٩١ التي لا تجيز المنازعة في حقوق الارتفاق غير المستمرة الثابتة من قديم الزمان على الوجه المتعبر بقوانين العرف الجارية بإبقاء القديم على قدمه . وقد أصابت محكمة النقض الحق في هذا الحكم لأن الخطأ الذي يصح أن يقال عنه إن الحكم للطعون فيه قد بني عليه إنما هو الخطأ الذي إذا وقع في التكيف يمتد أثره إلى منطوق الحكم فيفسده ؛ أما ما يقع من الخطأ في التكيف فحجب ثم ينقطع أثره عن نتيجة الحكم فإنه يكون خطأً ظاهرياً تربطه الاستعاضة عن هذا التكيف الحاطي بتكليف آخر صحيح ينسق مع منطوق الحكم . وبذلك هذا الحكم وأمثاله على أن خطأ الحكم في القانون يكون ظاهرياً فقط لا يعتد به إذا وقع في التكيف فحجب ، وبعبارة النتيجة القانونية التي مصدر بها القضاء مطابقة للقانون .

الأسباب من الأخطاء القانونية ما دام منطوقه متفقاً مع التطبيق الصحيح للقانون على الوقائع الثابتة به . ثم بنت على ذلك أنه إذا رفع استئناف عن حكم محكمين ، وكان هذا الاستئناف مبنياً على أن مشاركة امتداد التحكيم وحكم المحكمين باطلان لعدم وجود توكيل خاص من ذوى الشأن لمحاميتهم باجراء هذا الامتداد وبجمل حكم المحكمين نهائياً ، وقضت محكمة الاستئناف بعدم جواز استئناف هذا الحكم مستندة إلى أسباب غير صحيحة قبت بها وجه هذا البطلان المدعى به ، كان حكمها مع ذلك صحيحاً لانطباقه على نص المادة ٧٢٤ من قانون المرافعات التي تقضى بعدم جواز استئناف حكم المحكمين متى كان مشروطاً في عقد التحكيم أن هذا الحكم يكون نهائياً غير جائز استئنافه ، إذ الطعن يبطلان التحكيم وحكم المحكمين يجب أن ترفع به دعوى خاصة يسار فيها بالطريق الذى شرعه القانون بالمادة ٧٢٧ مرافعات^(١) .

(٢) وقررت في حكم آخر أنه إذا أخطأت المحكمة في بعض أسباب الحكم خطأ قانونياً لم يكن له تأثير في سلامة الحكم فلا موجب لنقضه بسبب وقوع هذا الخطأ . ثم طبقت هذه القاعدة على صورة الدعوى فقالت : إذا اعتبرت المحكمة عقد البديل المشوب بالنش باطلاً ، وأخطأت اذ ذكرت في بعض أسباب حكمها أن سبب هذا البطلان هو قد الأهلية وأنه بطلان لا تلغى الاجازة ، ولكنها عادت بعد ذلك فقالت إن تنفيذ البديل والاستمرار فيه حتى توقيع الحجز على التبادل الذى وقع عليه النش كان تحت تأثير هذا النش الواقع عليه ، ثم حكمت بناء على ذلك في الدعوى بإبطال البديل ، كان حكمها صحيحاً ، وحسب محكمة النقض أن تشير إلى ما اعتوره من خطأ وأن تكشف عن وجه الصواب فيه^(٢) .

(١) ن . م . م . ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (مجلة القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٨٢

ص ٦٥) و ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ (المريج السابق رقم ٩٩ ص ٩٣)

(٢) ن . م . م . ٤ مايو سنة ١٩٣٣ (مجلة القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٢٠

ص ١٢٠)

(٣) وقررت في حكم آخر أنه إذا كانت المحكمة — بعد استيفائها دليل الحكم — قد استطردت إلى ذكر ما لا تعلق له بمجهر الأسباب ولا تأثير له في الحكم ، فإن الخطأ في هذا الاستطراد لا يعتبر خطأ في تطبيق القانون يعيب الحكم^(١) .

(٤) وفي حكم آخر قررت أن محكمة الموضوع إذا كانت قد اعتبرت الإقرار الصادر من خصم لخصمه إقراراً موصوفاً غير قابل للتجزئة ، وطعن في حكمها بأن هذا الإقرار ليس كذلك وإنما هو إقرار مركب قابل للتجزئة ، ورأت محكمة النقض أنه وإن كان إقراراً مركباً ، إلا أنه غير قابل للتجزئة كما اعتبرته محكمة الموضوع في نتيجة حكمها ، جاز لمحكمة النقض أن ترفض الطعن ، إذ لا أهمية لمثل هذا الخطأ الواقع في الأسباب مادام لا مساس له بالحكم في نتيجته^(٢) .

١٥٧ — ثالثاً : أن الخطأ في القانون الواقع في بعض أسباب الحكم لا يقتضى نقضه إذا استقام الحكم على باقي الأسباب المينة به أو الأسباب الواردة بالحكم المستأنف المؤيد به^(٣) . ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية لهذه القاعدة : (١) أنه إذا كان الحكم القاضي بعدم أحقية المدعى في الانتفاع بالمياه المدعى بها قد جاء ضمن أسبابه خطأ أن هذه المياه لا يمكن تملكها بالتقادم لأنها من الأملاك العامة ، فإن هذا الخطأ لا يعيب الحكم ولا يستوجب نقضه مادام قد جاء به أيضاً أن وضع اليد المدعى به لم يكن بنية التملك^(٤) .

(١) ن . م . م ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٧ ص ٩٢)
 (٢) ن . م . م ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (مجلة القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٨١ ص ٦٥)
 (٣) جارسونييه ص ٦٥٦ وهامش ٧ و ٨ وتيسيه ص ٤٣ وهامش ٣ وتعليقات دالوز
 فقرة ٢١٥٢ لفاية ٢١٨٩ .
 (٤) ن . ف ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ (س ٨٩ — ١ — ٢٠٨) وكارنتيه . فقرة ٣٠٧٧ .

(٢) وأنه إذا كان الحكم القاضي برفض طلب تحقيق الوقائع الربوية المدعى بها قد اعتمد في ذلك على عدم جواز الاثبات بالبيئة على ما يخالف الوارد بالدلائل الكتابية ثم على أن هذه الوقائع غير منتجة في الدعوى ، جاز لمحكمة النقض أن تقضى برفض الطعن ، وأن تقيم الحكم الملعون فيه على اعتبار أن الوقائع المدعاة غير منتجة في الدعوى ^(١) .

وقد أخذت بهذه القاعدة محكمتنا : (١) في قضية كان من أسباب الطعن فيها أن محكمة الموضوع أغفلت بعض الاعترافات الصادرة من الخصم واعتبرت أن بعضاً آخر غير قابل للتجزئة ، على خلاف القانون ، فقالت — بعد أن عرفت الاقرار القضائي — إنه بالرجوع إلى الاقرارات التي يزعمها الطاعنون تبين أنها لم تكن إقرارات بالمعنى القانوني بل هي مجرد أقوال صدرت من صاحبها ليدراً عن نفسه تهمة النصب الموجهة إليه عن تصرفه في الأطيان موضوع النزاع مرتين ، وأنه لذلك لا يمكن الاعتداد بها ، هذا فضلاً عن أنها صادرة أثناء نظر دعوى أخرى غير الدعوى الحالية . ثم قالت إن محكمة الاستئناف قد أخطأت في اعتبار هذه الأقوال إقرارات صادرة من أحد الخصوم وغير قابلة للتجزئة ، ولكن خطأها هذا لا يعيب حكمها الذي جاء في نتيجته مطابقاً للقانون ^(٢) .

(٢) وقالت في حكم آخر : إنه إذا صح الحكم واستقام على بعض أسبابه جاز لمحكمة النقض أن ترفض ما عيب به من جهة مخالفة بعض أسبابه الأخر للقانون ، وإنه بناء على ذلك متى انتفى الضرر المزعوم ترتبه على تلخر الملتزم عن الوفاء وصح الحكم المقرر لانتفائه ، فلا وجه للخوض فيما إذا كانت المادة ١٢٠ من القانون المدني توجب إثبات التأخير في الوفاء بتكليف رسمي باطلاق أو لا توجبه باطلاق ، ولا في أن التكليف كما يكون بورقة من أوراق المحضرين يكون بالمراسلة أو لا يكون ،

(١) كارتنييه قمره ٣٠٨٠ وقد أشير فيها إلى حكم في ٢٨ مارس سنة ١٨٢٤ .

(٢) ن م م ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد ٣ رقم ١١٣ ص ١١٠)

لأن الكلام فى ذلك يصبح نافذة فى هذه الصورة^(١) .

١٥٨ - رابعاً : أن الخطأ فى القانون الواقع فى الأسباب النافذة^(٢)

(surabondants) أو الاحتياطية (subsidiaries) أو التكميلية (supplétifs) لا يقتضى كذلك نقض الحكم ، سواء أ كانت هذه الأسباب فى الحكم الابتدائى الذى أيدى الحكم المطعون فيه أخذاً بأسبابه أم كانت فى هذا الحكم الاستثنائى المطعون فيه . ومحكمة النقض حين ترفض الطعون المبنية على الخطأ فى هذه الأسباب غير ملزمة بإيجازها والرد عليها ، متى كان الحكم المطعون فيه محمولاً على أسباب كافية صحيحة تنتج^(٣) .

ومن الأمثلة على هذه القاعدة أن محكمة النقض الفرنسية قضت :

(١) برفض الطعن المرفوع عن حكم اعتمد - فوق ما اعتمد عليه من الأسباب الصحيحة - على تحقيق لا يصح الاحتجاج به على الطاعن لعدم اختصاصه فى القضية التى تم فيها هذا التحقيق^(٤) .

(٢) وبرفض الطعن المرفوع عن حكم صدر برفض دعوى الزورير القرعية وتحديد يوم المرافعة فى موضوع الدعوى الأصلية والذى كان مبناه أن الحكم المطعون فيه استطرد فى أسبابه إلى ذكر ما يشرع بما سيكون الحكم به فى أصل الدعوى^(٥) .

(٣) وبرفض الطعن فى الحكم القاضى بصحة ما عرضه البائع وفائياً على المشتري من الثمن والمصاريف وبشطب تسجيل عقد البيع ، وقد كان مبنى هذا

(١) ن . م . م أول نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٤ ص ٦)

(٢) اقرأ فى هذه الأسباب فبراير ١٩٣١ و ١٩٣٢ وهما ضمهما

(٣) ع . ف ٨ مايو ١٨٩٩ (١ - ٩٩ - ٤٥٦) ع . ف ١٦ فبراير

سنة ١٨٨٧ (٨٧ - ١ - ٢٠٨) وتعليقات دالوز من قرة ٢١٦٧ إلى ٢١٨٩

وجارسونيه ٦٥٦ وهما ٨

(٤) ع . ف أول أبريل ١٨٥٦ (١ - ٥٦ - ٤٦١)

(٥) ع . ف ١٣ ديسمبر ١٨٧١ (٧٢ - ٥ - ٥٧)

الطعن أن المحكمة اعتمدت في حكمها — زيادة على ما اعتمدت عليه من الأسباب المثبتة لصحة المرض في الميعاد — على أن البيع كان مع ذلك باطلاً لشوبه بالنقض المبطل للعقد ، وأن في ذلك خطأ في القانون يقتضى نقض الحكم ^(١) .

(٤) وبعدم قبول الطعن المبني على أن بعض أسباب الحكم المطعون فيه قد زيد بعد النطق به . وذلك لأن الطاعن لم يطعن بالنزوير في الحكم ولأن ما زيد في الأسباب إنما كان مترتباً على الأسباب المعترف بصحتها وبقاها عند النطق بالحكم ^(٢) .

(٥) وقضت في حكم آخر بأنه إذا كان الطاعن قد أسس طلباته الختامية لدى محكمة الموضوع على اعتبار دعواه دعوى منع تعرض en complainte ولم يطلب قط اعتبارها دعوى استرداد حيازة ، وفصلت فيها المحكمة على ذلك الاعتبار ، فلا يلتفت لما ينعاه على الحكم مما عساه يكون قد أخطأ فيه من التقريرات الخاصة بأحكام دعوى استرداد الحيازة التي أوردتها المحكمة في حكمها استطراداً منها لاستيفاء البحث ، لأن كل كلام منه في دعوى استرداد الحيازة يكون غير ماس بسلامة الحكم من جهة ما قرره من الأحكام القانونية في ذات دعوى منع التعرض التي هي دعواه ^(٣) .

١٥٩ — خامساً : أنه يجوز لمحكمة النقض — متى تبينت صحة ما قضى به الحكم المطعون فيه — أن تستبدل بأسبابه القانونية الخاطئة أسباباً أخرى صحيحة تعتمد عليها في إبرامه ^(٤) . لكن حقها في ذلك مقيد بأن يكون ما ترى الاعتماد عليه

(١) ن . ف ١٣ يولي سنة ١٨٩١ (د ٩٣ — ١ — ٢٢٧)

(٢) ع . ف ٢٢ أغسطس سنة ١٨٤٣ وقد أشير إليه في ربرتوار دالوز فقرة ٧٠ . وانظر أيضاً ن . ف ٦ ديسمبر سنة ١٩١٠ (د ٩١٢ — ١ — ١٤٤) و ٧ نوفمبر سنة ١٩١١ (٩١١ — ١ — ٤٩٣)

(٣) ن . م . م ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٣ ص ٥٣)

(٤) فائ فقرة ١١٣ ، ونيسيه ص ٤٧٢ وبهامصها رقم ٣ الأحكام المؤيدة للقاعدة من سنة ١٨٦٤ لغاية ١٩٢٩ وتعليقات دالوز من فقرة ٢١٩٠ إلى ٢٢٠٣ ع . ف ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ (س ٩٣٤ — ١ — ٣٦١) و تقرير المستشار يلون .

من ذلك هو من الوجوه القانونية الصرف القائمة في الدعوى والواضحة في الحكم
أو في أوراق المرفعات الحاصلة فيها^(١) و^(٢) و^(٣).

ومن أمثلة هذه القاعدة :

(١) أن محكمة التقضى الفرنسية حكمت برفض الطعن المبني على خطأ الحكم
المطعون فيه فيما قضى به من رفض طلب تحليف اليمين في دعوى تزيد قيمتها
على النصاب الذى يجوز فيه الاثبات بالبيننة بناء على ما جاء في أسبابه من أن جواز
التحليف في صورة هذه الدعوى وعدم جوازه كلاهما يجرى قياسا على جواز
الاثبات بالبيننة وعدم جوازه ، وقالت : إنه لا محل لنقض الحكم — مما يمكن الخطأ

(١) وقد اشترط قاضى وتيسيه (في المرجعين السابقين الذكر) ألا يكون هذا الوجه القانونى
قد عرضته صاحبه على محكمة الموضوع ونازعة فيه خصمه ولم يبين الحكم بحثه وإبداء الرأى
فيه فيكون الحكم القضى الصادر بعدم الأخذ بهذا الوجه معيبا في هذه الصورة لخلوه من
الأسباب التى يكون قد بنى عليها .

(٢) وإذا كان بأسباب الحكم خطأ قانونى مؤثر فيه ، وكانت محكمة التقضى لقصور بعض
الأسباب الواقعية لا تستطيع إبرامه وحمله على أسباب أخرى ، فإنه يكون لمحكمة التقضى —
بدلا من أن تنقض الحكم لمخالفته للقانون وتعيد الدعوى للمحكمة التى أصدرته لتحكم فيها من
جديد — أن تنقضه لقصور أسباب الواقعية وتبين لمحكمة الاحالة أوجه التقص وكيفية السير في
الفصل في الدعوى . ومثال ذلك القضية الآتية : متأجر تمسك في وجه المشتري بإيصال عن
دفع جزء من الأجرة إلى المؤجر ، وطعن فيه المشتري بأنه إيصال صوري ومبني على التواطؤ
لصدوره بعد علم المتأجر بمحصول البيع من خطاب سجل أرسله إليه المشتري ، فلم تأخذ
محكمة الموضوع بهذا الإيصال وقالت : إن المتأجر ينكر ذلك الخطاب المسجل ، ولأنه مع
التسليم بإرساله فإنه لا يقوم مقام التنبية الرسمي ولا يترتب عليه أثر قانونى طبقا للمادة الأولى من
قانون المرافعات ، وبناء على ذلك يكون الدفع الحاصل من المتأجر للبائع حاصلا بمحسن نية .
طعن في هذا الحكم بمخالفته للقانون وقصور أسبابه ، فرأت محكمة التقضى أن علم المتأجر
بالشراء هو واقعة يمكن إثباتها بجميع طرق الاثبات ، وأن الحكم المطعون فيه لم يبحث
ما كان للطعن من قرائن وأدلة على عدم صحة التاريخ العرق للإيصال ، فنقضت الحكم المطعون
فيه وأعادت الدعوى لمحكمة الموضوع لتبحث في تلك القرائن وتقضى في الدعوى على ما تمحصله
منها مسببة حكمها التسيب الكفاي المفتح (ن . م . م ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ — القانون
والاقتصاد ٥ رقم ٧ ص ١٧)

(٣) تيسيه ص ٤٧٣ وع . ف ٣ فبراير ١٨٦٤ (س ٦٤ — ١ — ١٠)

و (د ٦٤ — ١ — ١١٨)

الواقع في أسبابه — ما دام ظاهراً من بياناته ومن صيغة اليمين وما اشتملت عليه من تحفظات ، أن اليمين لم تكن حاسمة ، وأن من وجهها لم يقصد من توجيهها إلّا عرضها بصفة احتياطية تكملة للآليات المقدم في الدعوى ، وما دامت هذه الاعتبارات القانونية القائمة في الدعوى مما يصح بناء الحكم المطعون فيه عليها^(١) .

(٢) وأن الحكم المطعون فيه إذا كان قد اعتمد في القضاء برفض الدعوى على جميع وجوه الدفاع القانونية التي أبدتها للدعى عليه إلّا واحداً ، فإنه يجوز لمحكمة النقض إذا تبين لها خطأ هذه الوجوه وصحة ذلك الوجه أن تقضى برفض الطعن وتقيم الحكم على ذلك الوجه ، بشرط أن يكون وجهاً قانونياً قائماً في الدعوى ويمكننا استيضاحه من الحكم المطعون فيه^(٢) .

(٣) وكذلك حكمت برفض الطعن في القضية الآتية : باع أحد التجار صفقة من الخشب لأحد أرباب الأملاك وطلب البائع المشتري بثمنها البالغ قدره ٣٢٠ فرنكاً أمام المحكمة المدنية لتحكم له بصفة تجارية فأنكر المشتري تسلم المبيع وطلب الحكم بفسخ البيع وإزام خصمه بمبلغ ١٥٠٠ فرنك تمويضاً على ما فاتته من ربح واحتمله من خسران ، فقضت محكمة الدرجة الأولى للبائع بالنقض ورفض دعوى المشتري الفرعية ، فاستأنف المشتري الحكم ودفع البائع بعدم جواز الاستئناف ، فقضت محكمة الاستئناف بقبول هذا الدفع وقالت في أسباب حكمها إن الحكم الصادر في الدعوى الأصلية صادر بصفة انتهائية ، وإذا كانت دعوى المدعى عليه متفرعة من الدعوى الأصلية ومترتبة لحكم هذه ينسحب عليها ، وبذلك يكون استئناف الحكمين غير جائز . طعن المشتري في هذا الحكم وكان من أسباب طعنه أن الحكم الاستثنائي قد أخطأ في تطبيق الفقرة الثالثة من المادة ٦٣٩ من القانون التجاري . ولكن محكمة النقض قضت برفض الطعن ذاكرة في حكمها أن دعوى

(١) ن . ف ٧ مارس ١٨٩٣ (د ٩٤ — ١ — ١٥)

(٢) كاربنتييه فقرة ٣٠٧٩ وقد أشير فيها إلى حكم في ٢٨ ديسمبر سنة ١٨١٤

المدعى عليه ليست مترتبة على الدعوى الأصلية بالمعنى المقصود من ذلك قانوناً ، وإنما هي دعوى قد ترتبت على عدم قيام البائع بتسليم المبيع وعلى تضرر المشتري من عدم تنفيذ البيع ، وكلا الأمرين لم يظهر في الوجود إلا بعد رفع دعوى المطالبة بالثمن ، فالقول بفرع دعوى المدعى عليه على الدعوى الأصلية خطأ محض . ثم استدركت قالت ولكن هذا الخطأ — إذ وقع في أسباب الحكم — لا ينبغي الاعتداد به ، لأن المادة ٦٣٩ من قانون التجارة المعلقة بالمادة الثانية من قانون ١٨٤٠ تقضى بأن المحاكم التجارية تحكم حكماً غير قابل للاستئناف في دعاوى المدعى عليه على المدعى وفي طلبات المقاصة ، حتى إذا زادت قيمتها مضافة إلى قيمة الدعوى الأصلية على ٧٥٠٠ فرنك ، وبما أن قيمة كل من الدعويين كانت لا تزيد على ٧٥٠٠ فرنك ، فالحكم المستأنف إذن غير قابل للاستئناف ولذا يتعين رفض الطعن^(١) .

(٤) ولحكمه النقض المصرية حكم جرىء استبدلت فيه جميع أسباب الحكم المطعون فيه بأسباب وضعتها في حكمها الذي رفضت به الطعن . ومحصل وقائع الدعوى أن مقرر زيادة العشر حضر أمام قاضى البيوع فى اليوم المحدد لإجراء الزيادة الثانية طالباً بإجرائها ، ولكن طالب البيع الأول الذى رسا عليه مزاده قرر أنه تخالص بمحقوقه وتنازل عن حكم مرسى المزاى فأمر قاضى البيوع رغم ذلك بإجراء البيع ثم أوقفه لمقرر الزيادة ، فاستأنف المدين والدائن الذى رسا عليه المزاى الأول حكم مرسى المزاى الثانى على اعتبار أن إجراء البيع كان فى الواقع يتضمن الحكم برفض ما دفعا به من وجوب إيقاف البيع ، فحكمت محكمة الاستئناف

(١) حكم ١٥ أبريل ١٨٥٠ (س ٥٠ — ١ — ٣٤٨) . وراجع أيضاً فى هذا المعنى ج . ف ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ — ١ — ١٤٥) وقرير المستشار Cotelle ومرافعة الأفوكاتو العمومى (رينود)

وبلاحظ أن نصاب الاستئناف فى حالة رفع دعوى فرعية إنما يقدر فى القانون المصرى وفق القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٣٤٨ (مرافعات) وهى مختلفة عن القاعدة المقررة فى القانون الفرنسى وكانت محل التطبيق فى هذه القضية .

بقبول الاستئناف شكلاً وبإلغاء الحكم المستأنف واعتباره كأن لم يكن . ولما طعن مقرر الزيادة في هذا الحكم رفضت محكمة النقض طعنه وأقامت الحكم المطعون فيه على أساس آخر هو بطلان حكم المزاد الثاني لوقوعه بغير طلب ممن يملك طلبه ، واستبدلت أسباب هذا الحكم بأسباب من عندها بدأتها بقولها « وحيث إن تصوير علة الاستئناف وكذلك ما ورد بحكم محكمة الاستئناف المطعون فيه من التقارير وما ورد بهذا الطعن الخالي كله ضرب في غير مضرب والنفات عن الواقع وتكييف له بغير كيفه الصحيح » وبعد أن أثبتت محكمة النقض الواقع في هذه المادة كما أثبتته الحكم المطعون فيه قالت : « إن كل الذي خاض فيه المستأنف ومحكمة الاستئناف وما سميها مسألة موضوعية هو توليد في توليد لا يعرفه القانون ولا لزوم له من جهة جواز الاستئناف بل إنه من هذه الجهة غير صحيح » إلى أن قالت « وحيث إن كيف الواقع في هذه المادة هو عدم استيفاء حكم البيع الثاني المستأنف لشرط إجرائي أساسي توجيهه المادتان ٥٨٤ ، ٥٦٩ من قانون المرافعات وهو أن الزيادة تكون بطلب الدائن طالب البيع أو غيره من أرباب الديون المسجلة عند الاقتضاء وهذا الشرط منتف في حكم قاضي البيوع ، كما يعلم من الوقائع التي عرضها المستأنف في استئنافه ، فهو إذن حكم جائز استئنافه بمقتضى المادة ٥٨٦ مرافعات . وعلى هذا التكييف وحده تقرر محكمة النقض ما قضت به محكمة الاستئناف من جواز استئناف حكم البيع المذكور ، ويكون وجه الطعن الأول في غير محله . » ثم قالت « وحيث إنه فيما يختص بموضوع الاستئناف ، فقد ظهر مما سلف أن ما أتى عنه بالحكم الاستئنافي كله خارج عما يلزم للتقرير ببطلان حكم مرمى المزاد الثاني . ومحكمة النقض إذ تقرر قضاء الاستئناف ببطلان حكم البيع إنما تقرر أخذاً بتلك الحقيقة وتطبيقاً لها »^(١).

(١) ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٦ ص ٢٧٠ والحاماة

س ١٦ رقم ١٠٤ ص ٢٥٣)

ولها حكم آخر أصدرته في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ قررت به أنها إذا رأت أن الحكم المطعون فيه صحيح في نتيجته وأنه كان قائماً على تكييف غير صحيح للوقائع التي أثبتتها، جاز لها أن تصحح هذا التكييف الخاطئ بأسباب قانونية من عندها تنطبق على تلك الوقائع الثابتة بالحكم^(١).

١٦٠ — سادساً : أن مناقضة بعض أسباب الحكم القانونية لبعض لا تقتضي لذاتها نقض الحكم الصحيح، مادام أن لمحكمة النقض أن تقيم الحكم على ما صح من أسبابه وتطرح الأسباب الأخرى وأن لها أن تعتمد على ما تراه من لازماً من الأسباب ومنطبقاً على الواقع الثابت بالحكم وبأوراق الاجراءات الملحقة به^(٢).

(١) ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٦٦ ص ٢٤٨ والمهام س ١٦ رقم ١٢ ص ٣٠)

(٢) وينبغي التنبيه على وجوب التفرقة بين :

(أولاً) ما يقع في الأحكام من التناقض في الدليل القانوني بين بعض الأسباب القانونية وبعض

la contradiction dans les argumentations juridiques et les motifs de droit

(و ثانياً) ما يقع من التناقض بين الأسباب الواقعية وبين الأسباب التفريرية القانونية

entre les motifs de fait et les affirmations de droit

(و ثالثاً) ما يقع من التناقض في الأسباب الواقعية بين بعضها وبعض، إذ لكل من هذه الصور حكم : فالتناقض في الصورة الأولى لا يقتضي لذاته بطلان الحكم الصحيح قانوناً كما لاحظ ذلك المستشار فيراجيت في كتابه فن القضاء L'art de juger (ص ٥٢٨) لأن محكمة النقض لها أن تحمل هذا الحكم الصحيح على ما صح من أسبابه وتصرف النظر عن الأسباب الأخرى الخاطئة، بل لها أن تضيف على هذه الأسباب الصحيحة ما تراه لازماً ومنطبقاً على حاصل فهم الواقع في الدعوى الثابت بالحكم، فإذا لم تنطه فان عيب الحكم لا يكون عندئذ هو التناقض في الأسباب القانونية، وإنما يكون عيبه الحقيقي هو قصوره عن إيراد وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها (جارسوني ص ٦٦٦ هامش ٥ و ٦ و ٧ ومارق فقرة ١٤١ ص ٢٨٧ و ٢٨٨ وتبسيه ص ٤٧٢ و ٤٧٣ ع . ف ٣ فبراير سنة ١٨٦٤ ، د ٦٤ ص ١ — ١١٨ والأحكام الأخر المبنية في تبسيه ص ٤٧٢ هامش ٣) . وراجع في هذا الصدد حكم محكمة الصرية الصادر في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٨ ص ٩) الذي تقول فيه : إن قصور الحكم عن إيراد الأسباب القانونية لا يفسد الحكم ولا يوجب نقضه، إنما الذي يفسده هو قصوره عن إيراد الأسباب الواقعية قصوراً يعجز محكمة النقض عن قيامها بمراقبته لتبين ما إذا كان قد وقت فيه مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله . ولهذا

كان من حق محكمة النقض متى رأت الحكم المطعون فيه وافي الأسباب الواقعية صحيح النتيجة قانوناً أن تستكمل أسبابه القانونية بما ترى استكمالها .

أما التناقض في الصورة الثانية فليس يصح في النظر اعتباره من صور التناقض إلا تجاوزاً ، بل هو في واقع الأمر من صور الخطأ في تكييف فهم الواقع الثابت بالحكم ، فهو داخل بالضرورة تحت حالة الطعن بمخالفة الحكم للقانون . وكثيراً ما فات ذلك محكمة النقض الفرنسية إذ تراها تعتبر هذه الصورة من صور التناقض المحل بالنسب ، فتقول في الأحكام التي تصدرها برفض الطعن أو بقبوله بأن ما قرره محكمة الموضوع بشأن القصد الجنائي لا يتناقض أو لا يفتق مع ما أثبتته المحكمة من وقائع الدعوى (ن . ف . ج . ٢٠ يناير سنة ١٨٥٥ (د ٥٥٥ — ١ — ٨٧) و ٢٥ فبراير سنة ١٨٦٩ (د ٦٩٥ — ١ — ٣٩٢) و ١٤ مايو سنة ١٨٨١ (س ٨٢ — ١ — ٣٣) و ٢٨ مايو سنة ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ٣٥٣) و تقرير المستشار روفرنكلان (وراجع مارتى ص ٢٨٩ وراجع فقرة ٦٦ من هذا الكتاب عند الكلام في التكييف في القصد الجنائي)

أما التناقض في صورة الثالثة وهو التناقض في الأسباب الواقعية فهو داخل بلا شك تحت حالة الطعن بيطالن الحكم لحلوه من الأسباب (ن . م . م . ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ — القانون والاقتصاد ص ٦ رقم ١١ والمهامات ص ١٦ رقم ٢١٢ ص ٤٩٠) . ولا يمكن الاعتراض عنه بالقول « بعدم قيام الحكم على أساس قانوني *défaut de base légale* » الذي سنتكلم عليه فيما بعد ، لأن عدم قيام الحكم على أساس قانوني لا يمكن استخدامه وسيلة لنقض الأحكام إلا في الصورة التي يكون الحكم فيها قاصر الأسباب الواقعية ويكون هذا القصور بحيث تعجز محكمة النقض عن رقابة الخطأ في تطبيق القانون ، ولذا لا يكون لمحكمة النقض أن تراقب الأحكام من طريق عدم قيامها على أساس قانوني فيما يكون لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع فيه أو فيما يكون قاضي الموضوع قد انتهى إلى التقرير بثبوت حاصل هذا الفهم ولم يخطئ في تكييفه ولا في تطبيق القانون عليه ، إذ لا تستطيع محكمة النقض إذا غضبت الحكم في هذه الصور أن تملل حكمها بأن ذلك الحكم المطعون فيه كان على غير أساس قانوني ، وإنما تستطيع التعليل بما يكون قد استظهرته من التناقض في الأسباب الواقعية التي احتواها الحكم المطعون فيه . وهكذا استطاعت محكمة النقض الفرنسية أن تقيم رقابتها على الدليل الموضوعي الخاص بحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة ، على أساس التناقض في الأسباب الواقعية (انظر . ف . ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٢ في ١٩٢٢ — ١ — ٦٢) ون . ف . ٢٠ يولية سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٨ — ١ — ٢٩ وراجع مارتى ص ٢٩٢ وهوامشها) . وهكذا أوجبت محكمة النقض على قاضي الموضوع أن يذكر في أحكامه أسباباً واقعية صحيحة متأسكة الدليل الصحيح ، بعيدة عن التناقض المحل به . وفي هذا المعنى تقول محكمة الدنية « لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له هديماً صحيحاً وفي موازنة بعضها ببعض وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها وفي استخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى ، دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه في ذلك ولو أخطأ في نفس الأمر ، لأن خطأه يكون في فهم الواقع في الدعوى لا في حكم القانون في هذا الواقع . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هي أن يثبت القاضي مصدراً للواقعة التي يستخلصها يكون وهماً لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل =

جواز الطعن في أسباب الحكم استثناء في القانون الفرنسي^(١)

١٦١ — هذا وقد أجاز الشارع الفرنسي للنائب العام لدى محكمة النقض الطعن في أسباب الأحكام الاتهامية ، في مصلحة القانون ، إذا مست هذه الأسباب قاعدة من قواعد النظام العام ، لا على أساس أن هذه الأسباب تعتبر أحكاماً (décisions) جازاً الطعن فيها بل على أساس أنها من قبيل تصرفات القاضي التي يجوز الطعن فيها بتجاوز حدود السلطة طبقاً لنص المادة ٨٠ من قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨ .

ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية في ذلك : حكمها الذي أصدرته بنقض حكم محكمة استئناف فيما جاء به من أنها اعتمدت في قضائها في الدعوى على ماجرت عليه محكمة النقض وإن كانت هي لا تؤمن به ولا تعتقد صحته^(٢) ؛ وحكم آخر نقضت به حكم محكمة إحالة ، فيما جاء به من قد لحكم أصدرته الدوائر المحيطة لمحكمة النقض وإن كانت محكمة الإحالة قد أخذت في الدعوى الحالة إليها بالرأى الذي انتقدته نزولاً على حكم قانون أول أبريل سنة ١٨٣٧^(٣) و^(٤) .

== عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو « (حكم أول مارس سنة ١٩٣٤ — القانون والاقتصاد

س ٤ رقم ٣٤ ص ٨١ والمطامعة س ١٤ ق ١ رقم ١٥٢ ص ٣٦٥)

(١) جارسونيه بقرة ٤٧٣ ص ٦٥٧ وهوامعها .

(٢) ن . ف . ج ٧ يولية سنة ١٨٤٧ (٤٧ د — ١ — ٢٦٧)

(٣) ع . ف ٣ أبريل سنة ١٨٥١ (٥١ د — ١ — ٧٤)

(٤) في طعن رفعت النيابة العامة عن حكم أصدرته محكمة الجنائيات رمت فيه النيابة بأنها « أسرفت في الاتهام وفي حشد التهم وكليلها للتهمين جزافاً » تمكنت محكمتنا من التفرير بحذف هاتين الباريتين من الحكم ، بغير أن ينظم الشارع المصري للنيابة طرفاً خاصاً للطعن في أمثال هذا الحكم مما يخرج فيه القاضي عن حدود سلطته ، كما نظم الشارع الفرنسي الطعن بتجاوز السلطة . وقد مهدت لهذا التفرير بقولها : ليس للمحاكم على النيابة أية سلطة تباع لها لومها أو تبينها مباشرة بسبب طريقة سيرها في أداء وظيفتها ، وإذا كان القضاء يرى عليها شبهة في هذا السبيل فليس له إلا أن يوجه في ذلك إلى النائب العام أو إلى الرئيس الأعلى للنيابة وهو وزير الحفانية (ن . م . ج ١٦ مايو سنة ١٩٣٢ مع . س ٣٣ رقم ٢٢٩)

الفرع الثالث

بعض صور لمخالفة القانون

١٦٢ - الصور التي تتناولها حالة الطعن في الأحكام لبنائها على مخالفة القانون أو على الخطأ في تطبيقه أو في تأويله لا يتناولها الحصر . والذي يهمنا الكلام عليه في هذا النوع هو الصور التي قد يقوم الشك حول دخولها في متناول هذه الحالة ، لتفردها من جهة بأسماء خاصة ، ولعدم النص عليها عند تعداد حالات الطعن من جهة أخرى ، مثل عدم الاختصاص ، وتجاوز حدود السلطة ، والحكم بما لم يطلبه الخصم ، وعدم الحكم فيما طلبه .

١ - عدم الاختصاص

١٦٣ - فالطعن بعدم اختصاص المحكمة بأصدار الحكم للطعون فيه هو طعن في الحقيقة بمخالفة هذا الحكم لقواعد الاختصاص القانونية ، كما تشير بذلك المادة ١٠ من قانون إنشاء محكمة النقض ، ولذلك لم ير الشارع ضرورة إفراجه بالذكر عند تعداد حالات الطعن في المادة التاسعة .

وقاعدة الاختصاص إما أن تكون من قواعد النظام العام وإما ألا تكون منها . فإن لم تكن منها فلا سبيل للتمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولكن إذا كان صاحب الدفع قد تمسك به أمام محكمة الموضوع وكانت هي قد فصلت فيه خطأ ، فإنه يستطيع لذلك بناء الطعن في الحكم على مخالفته للقانون في قواعد الاختصاص . وكذلك يكون له الطعن في الحكم إن لم يكن قد أسقط حقه في الدفع وحكم عليه غيابيا في الموضوع^(١) (على اعتبار أن الحكم الذي

(١) ملحق دالوز فقرة ٣١٦ وجارسونية فقرة ٣٨٧ .

صدر في الموضوع غيايبا قد فصل ضمنا في مسألة الاختصاص (١). أما إذا كانت القاعدة من قواعد النظام العام فإن محكمة الموضوع — إذ كان لها أن تثير مسألته وتحكم فيها من تلقاء نفسها — تعتبر أنها بقضائها في موضوع الدعوى تكون قد قضت باختصاصها ضمنا، وبهذا يصبح الطعن في حكمها على اعتبار أنه قد بني على مخالفته للقانون، ويحق للطاعن أن يستند إلى عدم الاختصاص ولو لم يكن تمسك به أمام محكمة الموضوع، وذلك على اعتبار أنه سبب قانوني صرف (٢)

٢ — تجاوز حدود السلطة

excès de pouvoir

١٦٤ — لهذه العبارة في الفقه الفرنسي عدة معان : فقد يعتبر القاضي أنه تجاوز حدود سلطته ، بالمعنى الواسع لهذه العبارة ، إذا عمل ما لم يكن ليعمله أو إذا لم يعمل ماوجب عليه عمله (٣). وهي بهذا المعنى أعم من « عدم الاختصاص » ومن « سكوت القاضي عن الحكم » وتنسج للأحوال التي تجوز لمحاكمة القاضي فيها حسب ما جاء بقانون المرافعات . وهذا المعنى هو المعتبر في قه القانون الإداري ، إذ يعد الموظف الإداري أنه تجاوز حدود سلطته إذا خالف في أعماله وتصرفاته الأوضاع الشكلية التي أوجب القانون مراعاتها أو إذا توخى بهذه الأعمال غير غايتها من المصلحة العامة أو وضما على غير موضعها (٤).

وللعبارة معنى آخر في حكم المادتين ١٤ و ١٥ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ هو أضيق من المعنى المتقدم الذكر . وقد عني بعض الفقهاء بتحديد وضبطه (٥)

(١) جارسونية فقرة ٣٨٧ وهامش ٣ و ٤ و ٥ و ٦ وملحق دالوز فقرة ٤٢٩ وفأى فقرة ١١٤ .

(٢) tout ce qu'un juge a fait ne devant le faire, ou n'a pas fait devant le faire

(٣) جارسونية فقرة ٣٨٦ وهامش ٢ .

(٤) جارسونية ص ٦٨٠ — ٦٨٢ ورسالة الدكتوراه التي وضعا Cartoult =

ولا يزالون مختلفين فيه . والراجح من آرائهم أن الشارع — إذ نص في هاتين السادتين على عدم جواز الطعن في أحكام قضاة الصلح الانتهائية بطريق النقض إلا عند تجاوز حدود سلطته — لم يقصد من هذه العبارة تجاوز حدود اختصاصه القضائي المعروف ، ولا امتناعه عن الحكم فيما هو مختص به ولا ارتكابه ما يقتضي مخاصمته على الوجه المعروف في قانون المرافعات ؛ بل قصد بها انتحال القاضي لنفسه حقوقاً محرمة على السلطة القضائية أو اغتصابه ما هو من وظائف السلطين التشريعية والتنفيذية^(١) ، كأن يضع لأئحة من لوائح الضبط ، أو يوقف تنفيذ أمر إداري ، أو ينتقد السلطة التشريعية أو التنفيذية فيما هو من سلطاتها ، أو يلقى لوماً على النيابة ، أو يقول مثلاً في حكم يصدره متبعاً فيه رأى محكمة النقض إنه إنما اتبعه على مضض^(٢) .

== ويبحث فيها عن تجاوز حدود السلطة باعتبارها حالة من حالات الطعن أمام محكمة النقض ، وبين ما يراى من هذه العبارة في نصوص القانون الفرنسى وعند قضاة وفي أحكام محكمة النقض ، وفارن بين الشريف الذى وضعت محكمة النقض لهذه العبارة ، وتعريف مجلس الدولة وانتهى باختيار هذا الشريف :

L'excès de pouvoir consiste de le part du juge dans l'empiétement sur le domaine des pouvoirs législatif, exécutif ou administratif, et dans la transgression des règles qui constituent l'essence même du pouvoir judiciaire.

ومرته فالين Waline في رسالته الخاصة بهذا الموضوع بقوله :

Il y a excès de pouvoir lorsque le juge a cessé de faire œuvre juridictionnelle pour se conduire en législateur, en administrateur ou pour commettre un abus de force, lorsqu'il méconnaît les principes sur lesquels reposent l'organisation de l'ordre judiciaire

(١) ع . ف ١٨ فبراير سنة ١٩٠٨ (د ٩٠٨ — ١ — ١٨٤) وقد أشير إليه

في تعليقات دالوز ققرة ٢٠٤٤

(٢) ن . ف ٢ أبريل سنة ١٨٥١ (د ٥١ — ١ — ٧٤) . وقد قبلت محكمة

النقض طعناً رفع لها عن حكم أصدره قاض من قضاة الصلح بعدم قبول التماس رفع له عن حكم انتهائى أصدره ، وقالت في حكمها إن تجاوز السلطة كما يكون بمزج القاضى عن حدود وظائفه القانونية يكون كذلك بعدم أخذه بحقه فيما أعطاه القانون إياه من سلطة الحكم ، انظر ن . ف ٤ نوفمبر سنة ٩٥ (د ٩٦ — ١ — ٨٢١) و ١٤ مايو سنة ٩٠٠ (جازيت دي باليه ١٦ مايو سنة ٩٠٠)

هذا هو معنى « تجاوز حدود السلطة » فى باب الطعن بطريق التقضى فى أحكام قضاة الصلح طبقاً للمادتين ١٤ و ١٥ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ وهو يقرب من المعنى الذى أعطى لهذه العبارة الواردة فى نص المادتين ٨٠ ، ٨٨ من قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨ اللتين تحولان للنائب العام حق الطعن لمصلحة القانون فى الأحكام النهائية أو فى أعمال القضاة إذا تجاوزوا حدود سلطتهم^(١).

١٦٥ — ومهما يكن معنى « تجاوز السلطة » فهو لا يخرج عن مدلول مخالفة القانون . ومهما تكن أهمية تحديد هذا المعنى الخاص فى فرنسا لضبط الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالتقضى فى أحكام قضاة الصلح والأحوال التى يجوز فيها الطعن من النائب العام لمصلحة القانون ، فإن الشارع المصرى قد كفانا مؤونة هذا التحديد إذ لم يعتبر تجاوز السلطة حالة متميزة من حالات الطعن بالتقضى ولم يقرر له أى حكم خاص فى القانون ، بل إنه قد أشار إليه باعتباره من قبيل تجاوز الاختصاص المتعلق بوظائف القضاء حيث قال فى المذكرة الإيضاحية « وتقتصر محكمة النقض على تقضى الحكم عند ما ترى أن المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه قد تجاوزت حدود سلطتها أى أصدرت قراراً غير داخل فى اختصاص السلطة القضائية ، ففى هذه الحال تكون المسألة مسألة عدم اختصاص أيضاً » .

٣ — عدم الحكم فى أحد الطلبات المقدمة للمحكمة

والحكم بشئ لم يطلبه الخصم

١٦٦ — عدم الحكم فى أحد الطلبات المقدمة للمحكمة^(٢) ، والحكم

(١) راجع فى الفرق بين هاتين الحالتين فى (فقرة ٤٥٤ وما بعدها) ، وفى الفرق بين معنى تجاوز السلطة وعدم الاختصاص وفى قائمة التفريق بينهما (أ) جارسونيه فقرة ٣٨٥ ص ٦٧٩ و فقرة ٣٨٦ وهامش ٤ ، وفى الفقه البلجيكي سيمونييه فقرة ٢٤٦ ، وقرأ فى إجراءات هذا الطعن للمادة ١٤ من القانون الصادر فى بلجيكا فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ (سيمونييه فقرة ٢٤٧)

(٢) عدم الحكم فى الطلب هو السهو عن الفصل فيه صراحة أو ضمناً ، بعد تقديمه =

بشيء لم يطلبه الخصم^(١) ، هما من وجوه الالتماس النصوص عليها في الفقرتين الأولى والخامسة من المادة ٣٧٢ مرافعات .

ولئن كان عدم الحكم في أحد الطلبات المقدمة للمحكمة والحكم بشيء لم يطلبه الخصم هما من قبيل مخالفة القانون ، إلا أن الشارع إذ استحدث محكمة النقض المدنية وجعل مخالفة القانون من حالات الطعن أمامها لم يقصد إدخال وجبى الالتماس هذين في عموم هذه الحالة . ولو شاء لصرح بإلغاء الفقرتين الأولى والخامسة من المادة ٣٧٢ مرافعات أو لأشار إلى قصده هذا على الأقل في المذكرة الإيضاحية . وإذن تكون القاعدة هي عدم جواز الطعن بطريق النقض في الحكم لمجرد كونه قد قضى بما لم يطلبه الخصم أو لمجرد كونه لم يفصل في أحد الطلبات المقدمة للمحكمة . وهذا هو ما أجمع عليه الفقه والقضاء في فرنسا^(٢)

== تقييداً صحيحاً . أما عدم الرد على ما يقدمه الخصوم من وسائل الدفاع وأدلتهم فليس يعتبر وجهاً للالتماس ، لأنها ليست من الطلبات ؟ ولأن ترك الرد عليها يتضمن القضاء برفضها .

(١) ويتحقق هذا الوجه عند ما تضي المحكمة بغيره لم يطلبه الخصم صراحة أو ضمناً ، كأن تضي على مدعى عليه بصفته الشخصية في حين أن الدعوى مرفوعة عليه بصفته وصياً أو قياً أو ولياً ، وكأن يطلب المدعى الحكم له بدئته فتضي المحكمة بالدين وفوائده . ولا شك في أن للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بما يختص به النظام العام فتحكم بعدم اختصاص المحاكم الأهلية مثلاً ، وأن تأمر بما تراه من إجراءات التحقيق فتضي بالانتقال لحل النزاع أو للمجلس الحسي أو لعم الرهون أو بتعيين خبير أو بالأحالة على التحقيق أو بتحليف اليمين المتمة مثلاً . ولها أن تصرح في قضائها بما يوجب القانون حيناً كأن تأمر بتنفيذ الحكم مؤقتاً إذا كان واجباً بقوة القانون ، وأن تستبدل الورقة المذكورة . ولها كذلك أن تستند في قضائها إلى غير ما أبداه الخصم من حجج . وللمحكمة أن تضي بما ترى أنه يدخل ضمناً في الطلبات المقدمة لها ، ولو لم يطلب منها صراحة ؟ ولذلك لا يقبل الالتماس إذا طلب لإنسان الحكم بالزام آخر بعمل شيء التزمه أو التصريح له هو بعمله على مصاريف المترجم ، فقضت المحكمة بالزام المدعى عليه بمبلغ من المال مقابل عدم الوفاء ، وكذلك إذا قضت المحكمة من تلقاء نفسها برد الثمن في الدعوى التي طلب فيها المشتري الحكم بفسخ البيع ، ولا في الدعوى المرفوعة بطلب فسخ البيع لعدم إخبار المشتري بما على المبيع من حقوق عينية ، إذا حكمت المحكمة بالزام البائع بالتعويض المناسب لتحمل المبيع هذه الحقوق .

(٢) جارسونيو فقرة ٤٨٠ والأحكام الكبيرة للجنة بالمجلس رقم ١ وبلاسار ص ١١٤ و ١٤١ وفای فقرة ٦٥ و ٦٦

طبقاً لحكم القترين الرابعة والخامسة من المادة ٤٨٠ مراضات ، وقد حكمت به محكمتنا المصرية ^(١) .

وإذا كان الأخذ بهذه القاعدة سهلاً كلما كان عيب الحكم هو مجرد كونه قد قضى بما لم يطلبه الخصم أو كونه لم يفصل في أحد الطلبات المقدمة للمحكمة ، فإن الأخذ بها قد يصعب إذا خالط هذا العيب عيب آخر يصيب الحكم ، إما من قبل أن المحكمة تكون قد بينت في حكمها المشكو وجهة نظرها فيه وأظهرت كيف قضت بما قضت به مدركة حقيقة ما قدم لها من الطلبات وعالمة بما قد تتناوله قانوناً مخالفت القانون فيما فعلت ، وإما من قبل أن الحكم يكون قد شابه عيب آخر يمكن اعتباره أنه مخالفة أخرى للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، وإما من قبل أن يكون الحكم قد وقع باطلاً لقصور أسبابه . وفي تفصيل ذلك نقول :

١٦٧ - الحكم بما لم يطلبه الخصم : (١) إذا كان عيب الحكم أنه قضى بما لم يطلبه الخصم وكان القاضي حكم مدركاً أنه قد قضى بما قضى في حدود الطلبات المقدمة وكان قد ذكر في حكمه الوجه الذى بنى حكمه عليه ، فالأولى رفع الشكوى لمحكمة النقض لمحكمة الالتماس . ذلك بأن سلوك سبيل الالتماس إنما يرجى به تمكين القاضي الذى حكم من استدراك ما وقع فيه من سهو أو غلط بفسخ الحكم عن الالتماس وإعادةه لمركزه الأصلي وتمكينه من مواجهة النزاع من جديد رجاء الظفر بحكم آخر فيه ، وظاهر أنه لو سلك هذا السبيل في هذه الصورة ، فليس من المحتمل أن يرجع القاضي عن رأيه الذى رآه عن علم وعن بينة ، مهما يكن مبلغ خطئه في واقع الأمر . ولذلك كان هذا النظر مجماً عليه قهراً وقضاءً ، قال به جارسونيه ^(٢) وبلاسار ^(٣) وفائى ^(٤) وجلاسون وتيسيه ^(٥) وغيرهم ،

(١) ٣ ديسمبر ١٩٣١ (المأماة سنة ١٢ رقم ٢١٧ ص ٤١٩ ومج . س ٣٣ رقم ٥٩ ص ١٠٨)

(٢) جارسونيه فقرة ٤٨٠ ص ٨٠٧ وبهامش ٤ الأحكام .

(٣) بلاسار ص ١١٦

(٤) فائى فقرة ٦٦

(٥) جلاسون وتيسيه ص ٤٢٧ وملحق دالوز فقرة ٣٢٠

وقضت به محكمة النقض الفرنسية : فقد رفع التماس لمحكمة نانسي عن حكم صرحت فيه المحكمة الاستئنافية أنها إذ قضت بما قضت به (زائداً على الطلبات المقدمة) لا تعتبر نفسها أنها قضت بشيء لم يطلبه الخصم وإنما حكمت في حدود الطلبات ، فرفض التماس^(١) وجاء في حكم الرفض أن التماس هو طريق يسلكه الملتمس إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتستدرك ما وقعت فيه من سهو أو غلط ، وما دام الحكم الملتمس فيه قد صرح بأنه لم يقض بما لم يطلبه الخصم فالتماس لذلك يكون غير مقبول . ولما طعن في الحكم الصادر برفض التماس أمام محكمة النقض قضت هذه المحكمة برفض الطعن^(٢) . وفي قضية أخرى ادعى فيها المستأنف أن محكمة الدرجة الأولى قد حكمت عليه لبعض الخصوم بما لم يطلبوا الحكم به وقضت محكمة الاستئناف برفض استئنافه بناء على أنه لم يوجهه إلى من حكم له بما لم يطلب ، ولما طعن المستأنف في هذا الحكم الأخير بطريق النقض دفع الطعن بأن كون الحكم قد قضى بما لم يطلبه الخصم إنما هو وجه من وجوه التماس إعادة النظر ، فحكمت محكمة النقض برفض هذا الدفع وقبول الطعن شكلاً وقالت في حكمها إنه على الرغم من عموم نص المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات (التي تعد هذا العيب من وجوه التماس) فإنه لم يكن أمام الطاعن إلا سبيل محكمة النقض لأن الحكم المطعون فيه لم يكن ساهياً عن القضاء في طلب المستأنف حتى كان يرجى استدراك هذا السهو من طريق التماس إعادة النظر ، بل إنه قضى برفض الاستئناف عن يينة وأقام قضاؤه على أساس ذكره^(٣) .

١٦٨ — (ب) فإن كان ما يعيب الحكم من ناحية كونه قد قضى بما لم يطلبه الخصم ، مترتباً على مخالفة أخرى للقانون ، تعين كذلك رفع الطعن لمحكمة

(١) ٢٢ فبراير سنة ١٨٧٣ (٧٣ د - ٢ - ٢٦)

(٢) ١٢ أبريل ١٨٧٥ (٧٥ د - ١ - ٣١٤)

(٣) ملحق دالوز ققرة ٥٥ تحت كلمة التماس إعادة النظر ع.و.ف ١٨ أكتوبر

سنة ١٨٨٦ (س ٩٠ - ١ - ٢٤٦٢) و (٨٧ د - ١ - ٢٩٠)

النقض تعليقاً لهذه المخالفة التي هي علة ذلك العيب في الحكم ؛ وهو الظاهر في الفقه الفرنسي وقضاء محكمة النقض الفرنسية^(١). ومن صورته أن موثقاً فاته التوقيع على عقد يتضمن إيصاء سيده لزوجها بحق الانتفاع بما يكون لها من أموال عند وفاتها فطالبه الزوج بالتضمنات المترتبة على بطلان الوصية (لعدم توقيع الموثق عليها) وطلب الحكم بإلزامه بأن يدفع له إما إيراداً سنوياً مدى الحياة قدره ٢٨٦٧ فرنكا وإما تعويضاً قدره ٢٠٩٦١ فرنكا مع إيراد سنوي كذلك قدره ٨١٦ فرنكا ، على أن يكون الخيار في الأمرين للمدعى عليه ، فحكمت محكمة الاستئناف بإلزام الموثق بأن يدفع للزوج إيراداً سنوياً قدره ١٥٠٠ فرنك . طعن الموثق في الحكم بطريق النقض زاعماً أن محكمة الاستئناف ما كان لها أن تختار ما يجب أن يكون الخيار فيه له هو ، وأن في ذلك مخالفة للمادة ١١٩٠ من القانون المدني التي تنص على حكم الالتزامات التخيرية ، قبلت المحكمة هذا الطعن ، وذكرت في أسباب حكمها أن محكمة الاستئناف إذ قضت بإلزام المدعى عليه بدفع ذلك الإيراد السنوي للمدعى لم تحكم بشيء لم يطلبه الخصم فحسب ، بل خالفت القانون من قبل قضائها بما ترك الخيار فيه للمدعى عليه^(٢).

مثال آخر : اصطدمت سفينتان وطالبت إحداها الأخرى بتعويض ما أصابها من الخسائر البحرية فأجابت المدعى عليها بأن الاصطدام قهري لا جبر فيه لإحداها على الأخرى ، وحكمت محكمة الدرجة الأولى بالتعويض الذي قدره خبير الدعوى ، ومحكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف وذكرت في أسباب حكمها أنه قد ظهر لها من وقائع الدعوى وظروفها أن الاصطدام كان نتيجة لأسباب

(١) جارسوني ه ٨٠٧ وهامش ٣ وفأى فقرة ٦٥ وبلاسار ص ١٢١ وتيبه ص ٤٢٧ وهامش ١ وحكم ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١١ (س ٩١٤ - ١ - ٢٤١) وتعليق الأستاذ Napuet وحكم ٣١ يولي سنة ١٩١٢ (س ٩١٤ - ١ - ٢٢١) و ٤ فبراير سنة ١٩٢٤ (س ٩٢٤ - ١ - ١٥)

(٢) ١٤ أبريل ١٨٨٦ (س ٨٦ - ١ - ٢٤٥) (٢٤٥ - ١ - ٨٦) (٤٦٦ - ١ - ٨٦) وأيضاً ن . ف ١٣ مايو سنة ١٩٠٦ (٩٦٥ - ١ - ٤٢١)

متنوعة ، وأنها كما لا نستطيع القطع بأنه كان حادثاً قهراً لا يمكنها الجزم بإسناده إلى خطأ المدعى عليها ، وأنها لذلك مضطرة إلى الأخذ في الدعوى بالفقرة الثالثة من المادة ٤٠٧ من قانون التجارة البحرية (المقابلة للمادة ٢٤٢ من قانون التجارة البحرية الأهلى) التى تجعل جبر الضرر على السفينتين على نسبة قيمة كل منهما إذا اشتبه فى الأسباب الموجبة للخسائر ، وحكمت بما يقتضيه هذا النظر .

طعن فى هذا الحكم بطريق النقض وبنى الطعن على مخالفته الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة الذكر ، قبلته محكمة النقض وقالت فى حكمها : إنه لا شك فى أن لمحكمة الموضوع متى اتصلت بدعوى جبر الخسائر البحرية أن تحصى مزايع الخصوم وتقضى فيها على مقتضى القانون ، سواء برفضها أو بالتعويض المطلوب كله أو بجزء منه ، ولكن المحكمة ما كان لها فى صورة الدعوى الحالية — التى لم تدع فيها المدعى عليها بوقوع خطأ ما من المدعية بل لم تشو إلى ما يوجب تطبيق المادة ٤٠٧ المتقدمة الذكر — أن تجعل جبر الخسارة على السفينتين بنير طلب ، قضاؤها بذلك يكون خطأ فى تطبيق هذه المادة على صورة الدعوى ، وهذا الخطأ كان يمنع من رفع الطعن إلى محكمة الاستئناف^(١) .

مثال آخر : طولبت مصلحة القيد (Administration de l'enrégis-)

trement) برد ما حصلته من رسوم زيادة على ما وجب لها وحكم عليها بالرد مع الفوائد من يوم المطالبة الرسمية ، فطعن فى هذا الحكم لبنى محكمة النقض وبنى طعنها على أن المحكمة بقضائها بالفوائد بنير طلب قد تجاوزت حدود سلطتها ، وقضت بما لم يطلبه الخصم ، قبلت محكمة النقض الطعن وقالت فى حكمها^(٢) إن

(١) ٥ أبريل سنة ١٨٨٢ (س ٨٢ — ١ — ٣٧٧ والتطبيق المنشور بالهامش)

و (٨٣ د — ١ — ٢٤٦)

(٢) ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ (٩١١ د — ١ — ١٤٥٠) . وما تنبئ ملاحظته أن

الفقرة الأولى من المادة ٦١ من قانون ٢٢ فبراير سنة ٨ المتعين تطبيقها فى صورة الدعوى تمنع من الحكم بالفوائد إطلاقاً حتى عند الطلب ، هذا إلى أن المادة ٦٥ من ذلك القانون تجعل محكمة النقض هى الواجب الرجوع إليها عند الخطأ فى تطبيقه .

القضاء بما لم يطلبه الخصم وإن كان وجهاً من وجوه التماس إعادة النظر، إلا أنه يصير وجهاً من وجوه الطعن بطريق النقض إذا كان القانون الواجب تطبيقه في صورة الدعوى يمنع من القضاء بمثل ما قضى به الحكم للطعن فيه حتى ولو كان المحكوم له قد طلب إلزام خصمه بما قضى له به على غير طلب^(١).

١٦٩ — (ج) وقد يحدث أن يكون الحكم بما لم يطلبه الخصم غير مسبب فيقع باطلاً ويتمين الطعن فيه لدى محكمة النقض، وهو ظاهر وقد أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادرين في ٤ أغسطس سنة ١٨٨٦ و ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٨^(٢).

١٧٠ — ومن تأمل هذه الصور وأمثالها لا تفوته التفرقة بين الصور التي يتعدد فيها عيب الحكم تعدداً حقيقياً بكونه في جزء منه قد قضى بما لم يطلبه الخصم وبكونه في جزء آخر منه قد خالف القانون فكان كل من العيبين متميزاً عن الآخر، وبين الصور التي لا يتعدد فيها العيب إلا في النظر بأن يصح تكيفه بأنه قضاء بما لم يطلبه الخصم وبأنه يخالف للقانون باعتبارين مختلفين — التأمل في هذه الصور لا تفوته هذه التفرقة ولا ما تقتضيه من القول في الصور الأولى بمجواز الالتماس يبنى على وجهه الخاص (القضاء بما لم يطلبه الخصم) وبمجواز الطعن بطريق النقض يبنى كذلك على مخالفة القانون، ومن القول في الصور الثانية بتجريح تقديم الطعن لمحكمة النقض. ففي قضية رد الرسوم التي حكم فيها بالفوائد بغير طلب، قد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى أن عيب الحكم

(١) وقد يناظر عيب الحكم بما لم يطلبه الخصم أنه يخالف لمصلحة التمساء المحكوم به، فيرفع الطعن في الحكم لمحكمة النقض (تيسيه ص ٤٢٧) ون. ف. ٥ يولييه سنة ١٨٨٢ (٨٣د — ١ — ٣٥٠) ون. ف. ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١١ (٩١٤د — ١ — ٣١٨) و (س ١٩١٤ — ١ — ٢٤١).

(٢) ٤ أغسطس سنة ١٨٨٦ (٨٧د — ٥ — ٣٨٤) و ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٨ (س ٩٨ — ١ — ٤٦٥) وقد استند إليهما بلاسار (ص ١٢٨).

المطعون فيه كان واحداً ، وأنه إذا صح تكليفه بأنه قضاء بما لم يطلبه الخصم فإنه يصح اعتباره مخالفة للقانون ما دام لا يصح القضاء بالفوائد قانوناً حتى لو كان الخصم قد طلب الحكم بها على مصلحة القيد ، ولهذا تمين تقديم الطعن لمحكمة النقض .

وفي قضية التصادم البحري التي قضت فيها محكمة النقض بقبول الطعن المبني على مخالفة المادة ٤٠٧ من قانون التجارة البحرية قد صرحت هذه المحكمة بأن تلك المخالفة للقانون كان من شأنها عدم جواز رفع الالتماس ؛ والظاهر من أسباب الحكم المطعون فيه وأسباب حكم محكمة النقض أن ما عيب به الحكم كان يحتمل اعتباره وجه التماس ووجه مخالفة للقانون ، ولكن محكمة النقض رجحت اعتباره مخالفة للقانون ولذلك قضت بقبول الطعن شكلاً .

١٧١ - **حرم الفصل في أمر الطلبات المقدمة للمحكمة** : وخطأ عدم الفصل في أحد الطلبات المقدمة قد يقع فيه القاضي - كما أسلفنا - لا عن سهو أو غلط بل عن شعور وعلى بينة ، وقد يقع مترتباً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، كما قد يصاحبه خلو الحكم من الأسباب التي بني عليها .

١٧٢ - (١) فإذا كان القاضي قد رمى حقيقة إلى عدم الفصل في أحد الطلبات المقدمة له وبيّن في حكمه الوجه الذي بني عليه قضاؤه من هذه الناحية ، تمين رفع الأمر إلى محكمة النقض اعتباراً بما قلناه آفاً عند الكلام عن القضاء بما لم يطلبه الخصم ، وهو ما ذهب إليه فاي^(١) وبلاسار ، وأشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٩ يولييه سنة ١٩٠٠ وقد كان مبني الطعن الذي قضت برفضه هذه المحكمة أن محكمة الاستئناف قد خالفت القانون بقضائها بتأييد أحد

(١) فاي م ٩٣ ، وبلاسار م ١٤٣ و ١٤٤ . أما جارسونية فلم يصر إلى هذه الصورة لندورة وقوعها ، لأن القاضي إذا كان يصرح أحياناً بأنه لم يقض في الواقع بما لم يطلبه الخصم وأنه إنما قضى بما قضى به في حدود الطلبات المقدمة ، فإنه من النادر أن يصرح بأنه يرى عدم الفصل في أحد الطلبات . ولهذا الندورة لم يظفر بلاسار إلا بحكم ٩ يولييه سنة ١٩٠٠ المشار إليه في المتن ، وقد استدلل بما لأسبابه من مفهوم المخالفة كما رأيت .

الحكمين المستأنفين وعدم فصلها في الاستئناف المرفوع عن الحكم الثاني ، فلما رأت محكمة النقض أن الذي يعيب الحكم — لو سلم بأن كلا الحكمين قد استؤنف — إنما هو عدم الفصل في أحد طلبات المستأنف وأنه لم يتبين من الحكم للطعون فيه أن محكمة الاستئناف قد تعمدت عدم الفصل في هذا الطلب عالة بقيامه ، قضت بعدم قبول الطعن^(١) . وتدل هذه الأسباب على أن محكمة النقض كانت تقبل وجه الطعن لو كانت رأت أن عدم الفصل في طلب إلغاء الحكم المستأنف الثاني كان عن بينة لا عن مجرد السهو .

١٧٣ — (ب) ويندر أن يكون عدم الفصل في أحد الطلبات المقدمة مشوباً بتخالف أخرى للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله . ولو وقع تعين رفع الأمر لمحكمة النقض اعتباراً بما قلناه في مثل هذه الصورة لو كان عيب الحكم هو القضاء بما لم يطلبه الخصم ، وهو ما ذهب إليه بلاسار وأشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادرين في ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ و ١٣ يناير سنة ١٩١٩ إذ جاء فيهما أن عدم الفصل في أحد الطلبات يبقى على اعتباره وجهاً من وجوه الالتماس مادام لم تخالطه مخالفة في القانون تجعله وجهاً من وجوه الطعن بطريق النقض^(٢) .

١٧٤ — (ج) وكذلك يكاد يكون من المتعذر اقتران عيب عدم الفصل في أحد الطلبات المقدمة للمحكمة بخلو الحكم من الأسباب . ذلك بأنك لا تقول إن المحكمة لم تفصل في شيء طلبته إلا إذا لم تر لها حكماً فيه ، ولا تقول إن حكمها قد خلا من أسبابه إلا إذا كانت قد حكمت حقيقة في طلبك حكماً قصدياً أو ضمنياً وخلا حكمها من الأسباب التي بنى عليها .

(١) ٩ يولييه سنة ١٩٠٠ (د ١٠٠ — ١ — ٤٧٢) و(س ١٩٠٠ — ١ — ٤٠٨)

(٢) ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ (د ١٩١٤ — ١ — ٩٦) و ١٣ يناير ١٩١٩

(د ١٩٢٢ — ١ — ١٥٠) و(س ٩٢١ — ١ — ١٦٤) وقد استدل بهما بلاسار على ما ذكر في المتن (س ١٤٥)

١٧٥ — ونحن إذا استبعدنا وقوع عدم الفصل في الطلب عن بيئة أو مشوياً بمخالفة أخرى للقانون أو معيباً بخلو الحكم من الأسباب ، فلا يبقى في الحقيقة إلا أحد أمرين : إما أن تكون المحكمة قد أغفلت الفصل في الطلب سهواً فيطعن في حكمها بالتماس إعادة النظر ، وإما أن تكون قد فصلت فيه ضمناً بفصلها في طلب آخر قصداً وأخطأت في هذا القضاء الضمني أو لم تسببه فيطعن في حكمها بطريق النقض .

ولا يهديك في التمييز بين كون الحكم المطعون فيه لم يفصل في الطلب المقدم للمحكمة وبين كونه قد فصل فيه ضمناً بغير أسباب ، غير إنعام النظر في الحكم المطعون فيه ، فإن كان ما تسفر عنه دلائله وتوهم إلى مقدماته وتنطق به شواهدہ يلقى في روعك أن القاضى — وهو يفصل فيما فصل فيه — قد بقى طلق الرأى في الطلب الآخر الذى عزى إليه أنه لم يفصل فيه ، فيصح لك عندئذ القول بأنه لم يفصل حقا في هذا الطلب وأنه إنما سها عنه ويكون طريق الطعن هو التماس إعادة النظر . وإن دلت الدلائل على أن القاضى قد أخذ نفسه في هذا الطلب بمنزلة جرى عليه فيما فصل فيه فإنه يكون عندئذ قد فصل ضمناً فيما قيل إنه لم يفصل فيه ، وإذا كان هذا الفصل الضمنى مخالفاً للقانون أو غير مسبب معين رفع الطعن في الحكم بطريق النقض^(١) .

وأكثر ما تظهر فيه الحاجة إلى التمييز بين الأمرين أن يكون الطلب قد قدم أثناء المعارضة أو حين الاستئناف ثم يكون الحكم المطعون فيه قد صدر بتأييد الحكم المستأنف أو المعارض فيه خالياً من الأسباب ومكتفياً بأسباب الحكم الذى أيده ؛ فنندئذ يكون على من يريد التثبت مما إذا كان الأنسب هو رفع الطعن بالنقض أو بطريق الالتماس ، أن يبحث عما إذا كان قاضى المعارضة أو الاستئناف عند ربطه الحكم الذى أصدره بالحكم الذى أيده آخذاً بأسبابه قد

قصد أن يجعل حكمه واقعاً على الطلب الجديد الذي لم يفصل فيه صراحة أو أنه لم يقصد ذلك ، فإذا تبين استحالة كون الحكم الثاني قد قضى في الطلب أصلاً فيكون عيبه أنه لم يفصل فيه ويكون طريق الطعن هو التماس إعادة النظر لاجحالة^(١) . أما إذا تبين أن الحكم المؤيد قد قضى برفض ذلك الطلب ضمناً ، نظر فيما إذا كانت أسباب الحكم الأول تصلح لإقامة هذا الحكم الضمني عليها أو لا تصلح ، فإن كانت تصلح لذلك فلا يكون ثمة عيب في الحكم المطعون فيه يرفع أمره لمحكمة التماس أو لمحكمة النقض (إلا إذا كان القضاء الضمني في ذاته وقع مخالفاً للقانون) ، وإن كانت لا تصلح كان عيب هذا الحكم الضمني هو خلوه من الأسباب وكان الطعن أمام محكمة النقض هو الطريق التمين سلوكه . ومن الشواهد على هذه القواعد :

(١) حكم محكمة النقض الفرنسية الذي أصدرته دائرة المراض في ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٤ ، وقد كانت الدعوى خاصة بتصفية روكية الأموال الزوجية بين زوجين ، وكانت الزوجة قد طلبت أن يحقق الخبير المصفي ما إذا كانت المباني التي استحدثت ضرورية فتقع مؤوتها على الروكية أو غير ضرورية فيقع حسابها على الزوج وحده . فلما قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتكاليف الخبير بتقدير أثمان العقارات يوم انتهاء الروكية ويوم بيعها الخبير طعنت الزوجة في الحكم أمام محكمة النقض ، فرفضت المحكمة الطعن وقالت إن الحكم بتحديد مأمورية الخبير على النحو الذي حددت به لم يمس بحال حق الزوجة في مناقشة زوجها حساب ما ينبغي أن تتحمله الروكية من مصاريف الإنشاء والعمارة وما ينبغي أن يتحمله هو منها ، ولهذا كان الحكم المطعون فيه غير فاصل في طلب الزوجة المتقدم

(١) ج . ف ١٣ أبريل سنة ١٨٥٩ (٥٩ د - ١ - ٤١٧) وقد جاء في أسباب هذا الحكم أن محكمة الموضوع لم تفصل حقا في الطلب المقدم لها ، وأنه ما كان ينتظر منها وهي لم تفصل فيه أن تدون له أسباباً خاصة ، وأن عيب الحكم يكون إذن هو مجرد عدم الفصل في الطلب فقط ، وهو وجه من وجوه التماس إعادة النظر .

الذكر ، وكان طريق الطعن فيه هو التماس إعادة النظر ^(١) .

(٢) وحكمها الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٨ ، وحاصل القضية أن موثقاً طوّل برّد مبلغ تسلمه على حساب تحرير عقد لأحد عملائه فحكم قاضي الصلح عليه برّد المبلغ وبتفريعه على عدم حضوره جلسة عرض الصلح على الخصمين ، فعارض الموثق في هذا الحكم النيابي وطلب ، فيما طلبه ، الحكم بالزام خصمه بأن يدفع له تعويضاً ، فحكم القاضي بتأييد الحكم النيابي ، فطعن الموثق في هذا الحكم زاعماً أن قاضي الصلح قد قضى ضمناً برفض طلب التعويض بحكم خال من الأسباب ، فلم تقبل المحكمة منه هذا الطعن ، وقالت إنها لم تتبين من مطالعة الحكمين أن القاضي قد فصل فصلاً ضمناً في طلب التعويض الذي قدمه المعارض أثناء المعارضة بل الذي تبين أن الحكم الصادر في المعارضة لم يتعرض لهذا الطلب أصلاً ، ولذلك كان طريق التماس إعادة النظر في الحكم الصادر في المعارضة هو الطريق المتعين سلوكه ^(٢) .

(٣) وحكمها الصادر في ٤ يولية سنة ١٨٥٥ ، وملخص قضيته أن رجلاً طالب خصمه بصافي حسابه عنده ، فرفضت محكمة الدرجة الأولى دعواه بانية حكماً على أنه لا حق له أصلاً في طلب صافي الحساب ، فلما استأنف قضت له محكمة الاستئناف بهذا الصافي وسكتت عن الحكم له بالفوائد ، فطعن في حكمها ، فقضت محكمة النقض بعدم قبول طعنه ووجوب تقديم الأمر فيه لمحكمة التماس ^(٣)

(١) ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٤ (س ٧٥ — ١ — ٧٧) و (٧٥ — ١ — ٧٥) و (٢٢٠ — ١ — ٢٢٠) وقد استشهد به بلاسار (ص ١٤٩)

(٢) ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٨ (س ٧٨ — ١ — ١٥٢) وبلاسار ص ١٥٤

(٣) ن . ف ٤ يولية سنة ١٨٥٥ (د ٥٥ — ١ — ٢٨٤) . وظاهر أن محكمة الدرجة الأولى كانت قد فصلت ضمناً برفض طلب الفوائد واكتفت بما ذكرته من الأسباب متعلقاً بالطلب الأصلي لأنها صالحة لمثل الحكم العنبي الصادر في طلب الفوائد . أما الحكم الاستئنافي فاذ قضى بإلغاء الحكم المستأنف وأحقية المستأنف لصافي الحساب وسكتت عن الحكم بالفوائد صار لا يمكن اعتباره أنه قد فصل ضمناً بعدم أحقية المستأنف لها ، وإذن فقد بقي طلب الفوائد بغير فصل ، وكان ينبغي بشأنه الطعن في الحكم بطريق التماس .

١٧٦ — وبعد فلا يفوتنا — ونحن نختم هذا الفصل — أن نوجه نظرك إلى التفرقة بين عدم الفصل في الطلب المقدم من المدعى أو من المدعى عليه وبين عدم الفصل في وسائل الدفاع وأوجه الدفع المقدمة من أيهما . فإنه إذا كان الذي لم تقص فيه المحكمة هو من الطلبات فإن عدم الفصل يكون وجهاً من أوجه الالتماس . أما إذا كان ما لم تقص فيه هو مجرد دفاع أو دفع من أى الخصمين يؤيد به مزاعمه كطلبه إجراء من إجراءات التحقيق ، فإن قضاء المحكمة في موضوع الدعوى يعتبر حكماً ضمناً برفض هذه الدفوع ، فإن لم يكن في أسباب الحكم ما يصلح أخذه سبباً لهذا الرفض الضمنى صح الطعن فيه بالنقض^(١) .

ومن تطبيقات محكمتنا المصرية أنها قضت بأنه إذا دفع لأول مرة لدى محكمة الاستئناف بعدم قبول دعوى المستأنف عليها لرفضها من غير ذى صفة وبيطلان صحيفة افتتاح الدعوى الابتدائية لرفضها من عدة أشخاص عن عدة عقود لا رابطة قانونية بين بعضها وبعض قضت المحكمة في موضوع الدعوى بتأييد الحكم الابتدائي لأسبابه فإن حكمها بالتأييد يعتبر حكماً ضمناً برفض الدفوع ؛ فإذا لم يكن في أسباب الحكم الابتدائي ما يصح أن يتخذ سبباً لهذا الرفض الضمنى اعتبر الحكم الاستئنافي غير مسبب في ذلك وتعين نقضه^(٢) . وفي قضية أخرى حصلها أن إحدى المديريات هدمت سرداقاً أعد لأقامة احتفال غير مأذون في إقامته ، فأثبت الماثل ما أصاب أمتعة من التلف بدعوى مستعجلة ، ثم طالب بالتعويض فحكمت له محكمة الدرجة الأولى بالتعويض ، واستأنفت المديرية ودفعت أمام محكمة الاستئناف ببطلان عمل الخبير لمباشرته العمل قبل إعلان حكم ندينه لها مع كونه غائباً ، ولعدم توجيه الخبير لها كذلك دعوة صحيحة لتحضر أمامه في اليوم الذي حدده لمباشرة العمل ، ولعدم تقديم تقريره في الوقت اللائق ، فحكمت محكمة الاستئناف بتعديل

(١) قاضى قضاة ٦٦ وقرة دالوز قرة ١٤٨٢

(٢) ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٨ س ٦٣ والمهامة

س ١٣ رقم ٣٤٢ س ١٦٦)

قيمة التمويض المحكوم به ، ولما طعن المديرة في هذا الحكم بطريق النقض ، حكمت المحكمة بنقضه ، وقالت في حكمها بمد أن أوردت أسباب الحكم الاستثنائي : إن محكمة الاستئناف قد أخذت بتقرير الخبير ورفضت ضمنا ما وجه إلى الإجراءات من الطاعن الشككية من غير أن تشير إليها ، ولا أن تبين أسباب رفضها مع أنها مطاعن لم تشملها أسباب الحكم الابتدائي . ثم قالت : إن هذا الدفع ليس من قبيل الحجج التي يدلى بها الخصوم ولا تكون المحكمة ملزمة حتماً بذكرها والرد عليها في حكمها ، بل هو من الدفع التي يترتب على الأخذ بها أو رفضها بطلان عمل الخبير أو صحته ، ولذلك كان من الواجب على المحكمة تحقيقاً للفرض الذي يرمى إليه قانون المرافعات في المادة ١٠٣ منه أن تبين في حكمها الأسباب التي استندت إليها في رفض الدفع المشار إليه بياناً كافياً ، فأما وقد خلا الحكم من ذلك فهو باطل بطلاناً جوهرياً ويتمين نقضه^(١) .

٤ — عدم قيام الحكم على أساس قانوني

١٧٧ — لاحظت محكمة النقض الفرنسية من عهد بعيد أن بعض الأحكام التي يطن فيها أمامها بمخالفتها للقانون أو بخلوها من الأسباب تكون في الواقع مسببة تسبباً ناقصاً يعجزها عن مراقبة تلك الأحكام وعن معرفة ما إذا كانت قد خالفت القانون أو لم تخالفه ، فرأت أن من الحزم قبول الطعن في مثل هذه الأحكام لا على اعتبار أنها قد خالفت القانون أو أنها خالية من الأسباب ، بل على اعتبار عدم قيامها على أساس قانوني صحيح . وقد حبذ الفقهاء هذا الرأي واعتبروه تفسيراً جريئاً ضرورياً لنص المادة السابعة من قانون ٢٨ أبريل سنة ١٨١٠ (التي تقابلها المادة ١٠٣ من قانون المرافعات الأهلى) . وسنعود إلى تفصيل هذه الحالة عند

(١) أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٤ ص ٥٦ والحامدة

س ١٣ رقم ٢٦٨ ص ٥٢٠)

الكلام على تسبب الأحكام وخلوها من الأسباب ومنضعها في موضعها الواجب إزالتها به من حالات الطعن المنصوص عليها قانوناً .

• — التناقض في أسباب الأحكام

١٧٨ — تناقض بعض أجزاء الحكم لبعض هو وجه من وجوه التماس إعادة النظر نصت عليه الفقرة السابعة من المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات الفرنسي كما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة ٣٧٢ مرافعات أهلي ، والمراد به ما يقع في أجزاء منطوق الحكم ويحبل تنفيذه مستحيلاً . أما المناقضة تكون في أسباب الحكم أو في أسبابه ومنطوقه فإنها قد تكون وجهاً من وجوه الطعن بطريق النقض على ما ستراه في الفصل الموقود للتسبب وخلو الحكم من الأسباب وما يتصل به .

الفصل الثاني

في الطعن بوقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات

إن الطعن بوقوع بطلان في الحكم هو — في القانون المصري — حالة مستقلة عن حالة الطعن بوقوع بطلان في الإجراءات . فإذا جمعناهما في عنوان فذلك إلى أن تنتهي من كلمة قولها عنهما في الفقه الفرنسي ثم نعود إلى كل منهما بفضل على حدة .

١٧٩ — في القانون الفرنسي : عدت الفقرة الثانية من المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات من وجوه الالتماس مخالفة للإجراءات التي توجب البطلان قانوناً ، سواء ما كان منها واجب المراجعة قبل الحكم أو حين إصداره ، وذلك إذا لم يفت

الخصوم هذا البطلان بعلهم أو بتركهم التمسك به^(١) . ونصت للمادة ٦٦ من دستور ٢٢ فبراير سنة ٨ على « أن مجلس النقض ينقض الأحكام التي تكون مبنية على إجراءات لم تتبع فيها قواعدها الشكلية^(٢) » . ونصت للمادة السابعة من قانون ٣٠ أبريل سنة ١٨١٠ على أن نقض الأحكام التي يصدرها عدد من القضاة يقل عن العدد الواجب تشكيل المحكمة منه قانوناً أو التي يصدرها من لم يسمع المرافعة من القضاة ، أو التي لا تصدر علناً أو التي لا تشتمل على الأسباب المبنية عليها تكون باطلة^(٣) و^(٤) .

وإذ كان هذا التعارض بين هذه النصوص قد أدى إلى احتمال القول بأن وجه البطلان الواقع في الحكم أو في الإجراءات السابقة له ، يجوز تقديمه لمحكمة الالتماس ومحكمة النقض في آن واحد ، مع أنه لا يصح في النظر أن يكون الأمر في رفع الطعن لأى المحكمتين متعلقاً بمشيتة الطاعن نفسه ، فقد احتيج إلى ضابط يصح الرجوع إليه في معرفة ما ينبغى رفعه لمحكمة النقض وما يجب تقديمه لمحكمة الالتماس . وقد لاحظ جلاسون أن المعنى الجامع في وجوه الالتماس هو

(١) ونصها : Si les formes prescrites à peine de nullité ont été violées, soit avant, soit lors du jugement, pourvu que la nullité n'ait pas été couverte par les parties.

(٢) ونصها : Il casse les jugements rendus sur des procédures dans lesquelles les formes ont été violées.

(٣) ونصها : les arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre de juges prescrit, ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou qui n'ont pas été rendus publiquement, ou qui ne contiennent pas de motifs, sont déclarés nuls.

(٤) وبطلان الإجراءات والأحكام منصوص عليه في بلائيكما في المادة ٢٠ من قانون

٢٥ مارس ١٨٧٦ بما نصه :

Pourront être déferés à la Cour de Cassation les arrêts et jugements en dernier ressort, pour contravention à la loi ou violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité.

انظر سيمونيه فقرة ٢٠٤ وما بعدها .

وقوع سهو أو خطأ لو كان القاضى نبه إليه لما وقع فيه ، ولو رفع له الأمر فيه بعد وقوعه لاستطاع استدراكه بسحب الحكم الذى أصدره والاعتياض عنه بحكم آخر ، بغير غشاضة فى ذلك على نفسه . ولهذا رأى أن يكون الضابط هو كون وجه البطلانبقى غير مدرّك لم يثره صاحب الحق فيه أمام المحكمة ولم تلتفت هى إليه من تلقاء نفسها ، سواء أكانت مخالفة للإجراء الواجب اتباعه هى مما يمكن نسبته إلى القاضى نفسه أم إلى الخصم ، فإن بقى وجه البطلان غير مدرّك كما ذكر فالظمن بطريق الالتباس هو المتعين ؛ أما إذا كان قد أدرك وأثير أمام القاضى الذى أصدر الحكم ، تعين تقديم الظمن فى الحكم لمحكمة النقض ؛ إذ يكون القاضى قد فصل فى وجه البطلان على علم وعلى بينة ويكون عيب الحكم أنه قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله^(١) .

ويرى تيسيه وموريل^(٢) أن الأولى جعل مناط التفرقة كون الإهمال فى الإجراء أو كون مخالفة القانون فيه مما تصح نسبته إلى القاضى نفسه أو إلى الخصم ، فإن كان يصح أن يقال إن القاضى نفسه هو الذى أخطأ أو خالف القانون وجب الظمن فى حكمه أمام محكمة النقض . ويعتبر القاضى أنه هو الخطئ أو المخالف للقانون إذا كان الخصم قد لفته إلى وجه البطلان الذى وقع فى الإجراء فتفاضل عنه وسك فى الدعوى . وكذلك يعتبر أنه هو الخطئ وأن طريق الظمن فى حكمه هو الظمن بالنقض ، متى كان الإجراء مما أوجب القانون على القاضى أن يقوم به بنفسه أو أن يلاحظ قيام الخصم به لمصلحة عامة . أما إذا كان التسبب فى وقوع البطلان فى الإجراء هو الخصم ولم يكن قد حصل التمسك به لدى القاضى ، وكان غير متعلق بالنظام العام ، فسبيل الظمن المتعين سلوكه هو التماس إعادة النظر^(٣) .

(١) تيسيه ص ٤٢٢

(٢) راجع النصف الثانى من الصفحة المذكورة بالمرجع السابق وص ٤٢٣ والأحكام المشار إليها بهامشها .

(٣) المرجع السابق ويستشهد بنص المادة السابعة المتقدمة وبأحكام كثيرة أصدرتها محكمة النقض بينها بهامش ٤٢٣ . وهو رأى فى فقرة ٦٢ ص ٩٠

ويقول موريل إن اعتبار هذا الضابط هو الذى ضيق دائرة التماس إعادة النظر ، إذ أصبح لا يطن فى الأحكام بأوجه البطلان الأربعة المبينة بالمادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ إلا أمام محكمة النقض لتعلقها بالأوضاع والقواعد الواجبة الاتباع فى إصدار الأحكام وتحريرها ، وهى أوضاع وقواعد جعل القانون القاضى نفسه قيا على مراعاتها للمصلحة العامة ، فإن لم يراعها سحت نسبة الخطأ فيها إليه . وكذلك قد أندر هذا الضابط تقديم الطعون المبنية على وقوع البطلان فى الإجراءات السابقة على الحكم إلى محكمة التماس ، لأن غالب هذه الإجراءات لا يتعلق بمصلحة عامة ^(١) فان سكت صاحب الحق عن التمسك بالبطلان فى حينه سقط حقه فيه وصار الحكم لا يجوز الطعن فيه لا بالالتماس ولا بالنقض ، وإن تمسك به ولم تجبه المحكمة إلى ما طلب كان الخطأ من جانب القاضى وكان طريق الطعن فى الحكم هو الطعن لمحكمة النقض ^(٢) .

١٨٠ — فى القانون المصرى : هذه كلمتنا فى الطعن بوقوع البطلان فى الحكم أو فى الإجراءات فى الققه الفرنسى . أما الشارع المصرى فقد جرى فى قانون تحقيق الجنائيات على جمعها فى نص واحد وهو « وجود وجه من الأوجه المهمة لبطلان الإجراءات أو الحكم » (الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنائيات) لكنه قد أفرد كلا منهما بالذكر فى قانون محكمة النقض ، ولهذا رأينا أن نعقد لكل منهما فصلا خاصا .

(١) يدون فى فرنسا من الاجراءات السابقة على الحكم التى أوجبها القانون فى سبيل المصلحة العامة لإجراءات السعى فى الصلح الواجب البدء به قبل رفع دعوى بطلان الزواج أو دعوى الفرقة بين الزوجين (للرجع السابق ص ٤٢٤)
(٢) وإذن لا يكون الطعن بالالتماس إلا فى صورة الحكم النيابى :

الفرع الأول

في الطعن بوقوع بطلان في الحكم

١٨١ — حالة الطعن بوقوع بطلان في الحكم هي حالة خاصة بالأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف (المادة ٩ من القانون) فإن كان الحكم الاتهائي صادراً من غير هذه المحاكم فلا يطن فيه بطريق النقض ، ولو كان وجه البطلان الواقع في ذات الحكم أو في الإجراءات السابقة له متعلقاً بالنظام العام .

١٨٢ — وبطلان الحكم هو الجزء الذي رتبته القانون على مخالفة القواعد والإجراءات التي أوجب على المحاكم مراعاتها واتباعها في تشكيل هيئاتها وفي إصدار الأحكام وتحريرها .

ولما كان الغالب في هذه الإجراءات أنه لا يدرك عدم مراعاتها في أحكام محاكم الاستئناف إلا حين إصدارها أو بعد إصدارها ، كان حتماً مقضياً أن يصح الطعن بهذا البطلان لأول مرة أمام محكمة النقض^(١) ، ولا محل للتحدى في هذه الحالة بحجة السبب .

١٨٣ — أما أوجه البطلان الواقة في أحكام محاكم الدرجة الأولى فإنها لا يمكن أن تكون بنفسها أسباباً للطعن^(٢) ، لأن هذه الأحكام هي من جهة لا يجوز الطعن فيها أمام محكمة النقض ولو مضى ميعاد استئنافها ، ولأنها من جهة أخرى إذا استؤقت فإنه يكون على محكمة الاستئناف أن تصدر في الدعوى حكماً جديداً ، فإن بنت حكمها على الحكم الباطل (كأن كانت أيده بأسبابه) رغم الدفع لئنها بالبطلان أو تعلق هذا البطلان بالنظام العام ، أو كان الاستئناف

(١) قرة ١٣٤ من هذا الكتاب .

(٢) فئ قرة ٦٩ ص ٩٥

قاصراً على طلب بطلان الحكم الابتدائي وقضت هي برفضه ، فإن حكمها هذا هو الذى يطن فيه بالبطلان أو بمخالفة القانون على حسب الأحوال .

١٨٤ — والنصوص التى يترتب على مخالفتها بطلان الحكم هي النصوص الواردة فى لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية المتعلقة بتأليف المحاكم وتحديد عدد من يباشر القضاء فيها وبنظام الجلسات ، وكذلك النصوص الواردة فى الباب الثالث والرابع من قانون المرافعات المتعلقة بنظام الجلسة ، وكيفية إصدار الحكم ، وتحرير ورقته وما يجب أن يشتمل عليه . وهالك بيانها موجزاً :

أولاً — يبطل حكم محكمة الاستئناف ويصح الطعن فيه بالنقض إذا لم تكن المحكمة مؤلفة تأليفاً مطابقاً لأحكام القانون ؛ كأن كان عدد قضاتها الذين أصدروا الحكم أقل أو أكثر من العدد الذى يجب أن تتألف منه ؛ أو كأن كان اشترك فى تأليفها من ليس له حق القضاء ، أو من كان تعين قاضياً بها ولم يحلف بعد اليمين ، أو كان قاضياً بمحكمة أخرى ولم يندب لهذه المحكمة بطريقة صحيحة ، أو كان قاضياً بنفس المحكمة ومنعه مانع قانوني^(١) من نظر الدعوى مثل سبق اشتراكه فى نظر الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى وإيدائه فيها رأياً يقيد أمام محكمة الاستئناف .

وما أبطلنا الحكم فى هذه الصور عن نص وارد بالبطلان فى لأئحة ترتيب المحاكم يحمى قواعد تشكيلها وأسس النظام فيها كما حماها فى القانون الفرنسى نص المادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ المتقدمة الذكر ، وإتاما أبطلناه لخطورة هذه القواعد وظهور تعلّقها بالنظام القضائى نفسه وضرورة حماية هذا النظام من العبث به بمخالفتها .

(١) تنبى التفرقة بين قيام مانع بالقاضى يستوجب بطلان الحكم وقيام سبب من أسباب الرد به لا يبطله . ومن الموانع المبطلّة للحكم فى فرنسا أن يكون القاضى قريباً أو صهرأ لأحد الخصوم أو لأحد وكلاء الدعوى لناية الدرجة الثالثة (المادتان ٣٨٦ و ٣٩٦ من قانون المرافعات الفرنسى) وانظر تلى فقرة ٧١ من ٩٨ وهامش ١٥

ثانياً — كذلك يكون الحكم باطلاً إذا لم يشترك في إصداره جميع القضاة الذين سبق لهم حضور الجلسة التي تمت فيها المرافعة في الدعوى^(١)، أو إذا لم يحضروا تلاوة الحكم بجلسة علنية أو لم يوقعوا على مسودته قبل تلاوته إذا منعهم مانع من حضور هذه التلاوة^(٢). وهذا البطلان منصوص عليه في المواد ١٠٠ و ١٠١ و ١٠٢ من قانون المرافعات.

ثالثاً — كذلك يبطل الحكم إذا أصدرته المحكمة في جلسة غير علنية^(٣). وعلنية جلسة النطق بالحكم لا تخضع للاستثناء الوارد على جلسات المرافعة المنصوص عليه في المادة ٨١ مرافعات في الأحوال التي تأمر المحكمة بإجراء المرافعة فيها سرا سواء أكان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم محافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب^(٤).

(١) فإذا تغير أحد القضاة الذين حصلت أملهم المرافعة، لبس مثل الوفاة أو النقل أو الإحالة على العاشق أو الرد أو الامتناع، وجب فتح باب المرافعة وإعادة الإجراءات أمام الهيئة الجديدة. وغالباً ما يكفي لتحقيق غاية المشرع بإعادة إبداء الطلبات الختامية من جانب الخصوم أمام الهيئة الجديدة. على أنه إذا كانت قد صدرت في الدعوى أحكام تهديدية أو تحضيرية أو أحكام قطعية في مسائل فرعية قبل إجراء التعديل في هيئة المحكمة، فلا تباد إلا الإجراءات التي حصلت بعد صدور آخر حكم منها، اعتباراً بأن كل مسألة فرعية تثار أثناء الخصومة هي في واقع الأمر قضية قائمة بذاتها تنتهي بصور الحكم فيها (انظر جلاسون ج ٣قرة ٧٣٨ وجارسونيه ج ٣قرة ٦٣٢ — ٦٣٤)

(٢) ولما كان لا اعتبار للحكم قانوناً إلا إذا أصدر بالجلسة فعلاً، فانه يشترط لجواز التوقيع على مسودته من اشترك في المداولة فيه أن يثبت متيحاً من المدول عن رأيه إلى وقت إصداره، فإذا منع أيهم من ذلك مانع من وفاة أو إحالة على العاشق، وجب فتح باب المرافعة. ولهذا عجل قضاة الدائرة المدنية بمحكمة النطق بالأحكام في القضايا التي انتهت المرافعة فيها وكانت مؤجلة لجلسة ٩ يناير سنة ١٩٣٦ فنتقوا بها يوم ٥ يناير سنة ١٩٣٦ وهو اليوم السابق لبلوغ رئيس المحكمة السن المقررة للإحالة على العاشق.

(٣) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بكفاية ما جاء بصدر حكم مدني من أنه صدر في جلسة المحكمة المنعقدة يوم كذا، في اعتباره صادراً بالجلسة العلنية (حكم ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٨٨، ٨٩ د، ١ — ٥٢)

(٤) راجع في جواز النطق بالأحكام الصادرة بسلطة التصرف في أودة المشورة في جلسة غير علنية بتهريب المستشار سينارت في (٤٨ د — ١ — ٧٦)

وليس يبطل الحكم تأخير النطق به عدة مرات ، ولا عدم تحديد يوم معين للنطق به بعد التقرير بإقتال باب المرافعة ، ولا النطق به في غير اليوم المحدد له بعد إقتال باب المرافعة كذلك .

رابعاً — ويبطل الحكم أيضاً ألا يوقع رئيس المحكمة وكتبتها على نسخته الأصلية الشاملة لنصه وأسبابه وأسماء الخصوم وأسماء القضاة الذين حضروا جلسة المرافعة وأصدروا الحكم ، وأسماء الذين حضروا تلاوته بالجلسة (المادتان ١٠٤ و ١٠٥ من قانون المرافعات)

وهذا البطالان لم يقرره نص من نصوص قانون المرافعات ، وإنما قرره الفقه والقضاء ، استنباطاً له من إيجاب تدوين الحكم وحفظه ، على رئيس المحكمة وكتبتها ، واعتباراً بأن ورقة الحكم هي في واقع الأمر إشهاد رئيس المحكمة وكتبتها على نفسيهما بما حصل النطق به في الجلسة العلنية ، وهي إذ كانت ورقة شكلية رسمية فالواجب لوجودها ولتكون حجة بما ورد فيها أن تحتوى موضوعها وتوقيع من وثقها^(١) .

خامساً — وكذلك يبطل الحكم ألا يكون مشتملاً على الأسباب التي يبنى عليها (المادة ١٠٣ مرافعات) .

وبطلان الحكم المترتب على صدوره من قضاة عددهم أقل من العدد الواجب تأليف المحكمة منه قانوناً ، أو من قضاة لم يسموا المرافعة في الدعوى ، أو على صدور الحكم بجلسة غير علنية ، هو بطلان ماس بالنظام العام يجوز إيدأؤه أمام

(١) أبو هيف فقرة ١٠٨٤ وتعليقات دالوز على المادة ١٤١ وفأى فقرة ٧٥ و٧٦ و٧٧ . وراجع في التفرقة بين ما يبطل به الحكم وبين ما يجعله في حكم الصدم وما يترتب على هذه التفرقة من اعتبار الحكم الباطل صحيحاً إن لم يطن فيه أمام محكمة الالتماس أو أمام محكمة النقض على حسب الأحوال ، ومن اعتبار الحكم الصدم لا وجود له بغير طعن فيه (جلاسوف وتيسه فقرة ٧٥٠ ، وموريل ج ٣ ص ٥٧ وهامش ٢ ثم فأى ص ١٠٢ وهامش ٥ وانظر ح . فـ ٥ أبريل سنة ١٨٧٥ (٧٦٥ — ١ — ٢٩٦)

محكمة النقض في المذكرات الكتابية وأثناء المرافعة الشفوية ولو لم يكن قد أبدى في تقرير الطعن . ويصح للنيابة العامة أن تطلب الحكم به كما يصح للمحكمة أن تنقض به من تلقاء نفسها .

أما البطلان المترتب على خلو الحكم من أسبابه فلا تعلق له بالنظام العام ، ولذلك فلي من يظن به أن يبدى هذا الوجه في تقرير الطعن وأن تكون له مصلحة في نقض الحكم تسوغ إبطاله وإعادة القضية إلى محكمة الموضوع لتفصل فيها من جديد ^(١) .

مبحث في تسبيب الأحكام

١٨٥ — ولما كان من المنتظر بعد إنشاء محكمة النقض أن تكثر الطعون المبنية على خلو الأحكام الاتهامية من الأسباب التي بنيت عليها ، كما كثرت من قبل أمام محكمة النقض الجنائية وأمام محكمة النقض الفرنسية ، وكانت المسائل الفقهية المتصلة بهذا الوجه من وجوه البطلان على غاية من الأهمية ^(٢) ، رأينا أن نعرض لأهمها بالبحث لنبين ما هو تسبيب الأحكام ، وكيف يكون ، وما الذي يجب تسييبه منها ، وما هو خلو الحكم من الأسباب ، وهل هو عيب شكلي أم لا ، وما الذي يترتب في النظر من النتائج على اعتباره كذلك ؟ فنقول :

١ — ما هو تسبيب الأحكام وكيف يكون ؟

وجوب التسييب وحكمته

١٨٦ — تسبيب الأحكام واجب عندنا ^(٣) بالمادة ١٠٣ من قانون

(١) جارسونيهقرة ٣٨٨ ص ٦٨٥ وراجع فقرة ١٣٨ من هذا الكتاب .

(٢) اقرأ منشور رئيس محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٨ مايو سنة ١٩١٤ الذي نشره على عاظم الاستئناف في أهمية التسييب وكيف يكون (١٦٥ — ١ — ٨٩ و ٩٠) ثم منشوره في ١٩٢١ (فراجيت طبعة ثانية ص ٥٢١ و ٥٢٢)

(٣) وفي فرنسا بقانون ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ وبديساتيرها المتعددة =

المرافعات ونصها : « الأحكام التي تصدر عن المحاكم الابتدائية وعن محاكم الاستئناف يلزم أن تكون مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت لاغية »^(١).

وتسبب الحكم هو إيراد الحجج الواقعية والقانونية المبني هو عليها والنتيجة هي^(٢) له . ويقول فقهاء قانون المرافعات إن الشارع بإيجابه تسبب الأحكام (على هذا المعنى) قد أراد أن يضمن عدم تحيز القضاة^(٣) وشدة عنايتهم بتحصيل مزايا الخصوم ووزن أدلتهم ودراسة جميع قط النزاع الواقعية والقانونية دراسة كافية تمكنهم من استخلاص الحجج التي يبنون عليها آراءهم ، حتى لا يصدروا أحكامهم متأثرين بعاطفة عارضة أو شعور وقفي ، وحتى ينزل قضاؤهم في قلوب الخصوم منزلة الاحترام والاطمئنان ، وحتى يتمكن هؤلاء الخصوم من مناقشة أسباب الأحكام عند التظلم منها إلى المحكمة العليا . وفي هذا المعنى قالت محكمة النقض المصرية في حكم أصدرته في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ : « إن مقصود الشارع من تسبب الأحكام هو تمكين الخصوم وغيرهم ممن حضروا جلسات المرافعة من مراقبة حسن سير العدالة وحمل القضاة على بذل الجهد في تمحيص القضايا وإخراج أحكامهم فيها على وجه يدعو إلى الإقناع بأنهم قاموا بواجبهم من التحري

= (على الأخص المادة ٢٠٨ من دستور سنة ٢) وبمقتضى المادة ١٤١ من قانون المرافعات وبالمادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ (تيسر ج ٢ بقرة ٧٤٤ وماى ٨٢ وجرسونه ج ٣ بقرة ٣٢٧) . وقد لاحظ جارسونه أن المادة ١٤١ لا ترمى إلا إلى تسبب أحكام المحاكم الابتدائية ، لكن القضاء جرى على تسبب أحكام المحاكم التجارية وأحكام قضاة الصلح .

(١) وقد جرت العادة بتسبب أحكام المحاكم الجزئية ، ولكن البعث في وجوب تسببها قانوناً غير مجد عندما ، لأن أحكام هذه المحاكم ، وأحكام المحاكم الابتدائية المؤيدة لها لا يجوز الطعن بوقوع البطلان فيها أمام محكمة النقض .

(٢) ن . د . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ (س ٩٣ - ١ - ٣٥٣) و (د ٩٤ - ١ - ١٢٩ ، و تقرير المستشار روسيليه) وقرأ في كيفية تسبب الأبطال فصلاً فيما لتبراجيت من ص ٥١٥ إلى ص ٥٤٢

(٣) سيمونه بقرة ٢٠٦ ، ون . ب ١٢ مايو ١٩٣٧ (باسكرزى بلج ١ - ١٦٦)

والتحصيل والحكم بمتنقض القانون» ثم قالت «إن الشارع قد أكد وجوب تسبب الأحكام على هذا الوجه بما يمكن به خصوم الدعاوى من الطعن فيها بطريق النقض إذا بنيت على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، أو إذا وقع فيها أو في الإجراءات بطلان يبطلها ، وكذلك بما أخضعها لرعاية هذه المحكمة من ناحية القانون»^(١).

عيوب التسيب

١٨٧ — **نقص الأسباب** : ويجب أن يكون التسيب جدياً تواجه فيه المحكمة قط النزاع الواقعية والقانونية^(٢) ، لا تجهل منها شيئاً أو تسبب رأيها فيه بما يشبه الأسباب في ظاهر الأمر ولا مقنع فيه ، كالأسباب التقريرية التي يعيد فيها القاضي «دعوى محل النزاع»^(٣) بالتقرير «بثبوت المدعى أو نفيه» أو «محة الدعوى أو قيامها على أساس صحيح» أو «عدم محة الدفع» أو «فساده» أو بأسباب لا تطلق لها أصلاً بالدعوى ، أو بأسباب مبهمة أو غامضة أو مجملة أو متخاذلة أو ناقصة أو متناقضة يحو بعضها بعضاً ، فتمجز بذلك محكمة النقض عن القيام برقابة مخالفة للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله . ويقول الفقه الفرنسي^(٤) إن محكمة النقض لاحظت منذ تشكيلها أن المادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ تنص على أن أحكام محاكم الاستئناف التي لا تشمل على أسباب تكون لاغية *seront déclarés nuls les arrêts qui ne contiennent pas de motifs* وأن ظاهر هذا النص يدل على أن خلو الحكم من الأسباب

(١) المحاماة س ١٢ رقم ١١٧ ص ٢١٨ ومج . س ٣٣ رقم ١٨٥ ص ٣٨١

(٢) ن . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ (١٨٩٣ — ١ — ١٢٩) وبه تقرير المستشار

روسيليه ون . ف ٨ يولي سنة ١٩٠٧ (١٩٠٧ — ١ — ٤٥١)

(٣) *pétition de principe*

(٤) ف ١١٩

الخلو التام هو الذى يعبه ، وأنه يكفى فى اعتبار الحكم صحيح الشكل من ناحية التسبب أن تكون به أسباب أيا كانت ، كافية أم غير كافية ، صحيحة أم غير صحيحة . لاحظت ذلك ولاحظت أيضاً أنها إذا تقيدت بظاهر قانونها الذى يحتم عليها أن تكون مخالفة الحكم للقانون مخالفة صريحة ، فإنها لا تستطيع التبرير بأن حكماً ما قد خالف منطوقه القانون حتى ولو كانت أسبابه المبهمة أو المتخاذلة أو الناقصة لا تكفى لتبرير ما طبقه فى الدعوى من القواعد القانونية ، لأن الشك فى ذلك ينبئ تأويله لمصلحة الحكم . لاحظت محكمة النقض الفرنسية كل ذلك ، ثم رأت أن الأخذ بهذا الظاهر من القانون يقلل يدها عن رقابة الأحكام المسببة تسيباً ناقصاً ويعجزها عن الحكم عليها بأنها قد خالفت القانون أو أنها لم تخالفه ، لأنها لا تستطيع مع هذا التسبب الناقص معرفة ما إذا كان قاضى الدعوى قد حكم فيها حكماً مؤسساً على الوقائع أو مؤسساً على القانون « s'il a jugé en fait ou en droit »^(١) وإذا كان حكماً مؤسساً على القانون ، فهل امتنع فى قضائه عن تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فى الدعوى ، أم أنه مع تطبيقه هذه القاعدة لم يمن بتبرير هذا التطبيق فى حكمه كما يجب — يقولون إن محكمة النقض الفرنسية لاحظت كل هذا وما إليه ، فلم تر أن تقف أمام هذه الأحكام المعبية مفلولة اليد ، لا تستطيع إبطالها بعلّة خلوها من الأسباب ولا الحكم بنقضها لظهور مخالفتها للقانون ، فبسطت عليها يد المراقبة وأخذت

(١) ومعنى كون القاضي قد قضى فى الدعوى قضاء مؤسساً على القانون أنه قد أسس حكمه على اعتبارات قانونية عامة أصبح الاعتماد عليها فى الدعاوى الماثلة ، أما متى كونه قد قضى فيها قضاءً والى فهو أنه أسس حكمه على مسائل الدعوى وظروفها فقط (سيبويه ققرة ١٨٠ ون . ب ٢٣ سبتمبر ١٩٢٦ ، باسكريزى ٩٢٧ — ١ — ٥٧ و ٩ يولييه ١٩٢٥ (باسكريزى ٢٥ — ١ — ٣٣٤) وأقرأ فى تحقيق هذا المناط مراضة الأفوكاتو السموى مدشاش السابعة لحكم ن . ب ٢٨ يولييه ١٨٨٢ (باسكريزى ٨٢ — ١ — ٢٧٦) ومراضة الأفوكاتو السموى دليك السابعة لحكم ٣٧ يناير سنة ١٨٥١ (باسكريزى ١٩٤ — ١ — ٥١)

تبطلها ، أحياناً نخلوها من الأسباب وأحياناً أخرى لعدم قيامها على أساس قانوني *défaut de base légale* ، وستعرف هذا النوع الجديد من أوجه الطعن ، ما هو ؟ وما حكمه ؟ في آخر هذا المبحث .

وفي هذا المعنى قالت محكمتنا المصرية في حكمها المتقدم الذكر : « إن الشارع إذ أوجب بالمادة ١٠٣ من قانون المرافعات على المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف أن تكون أحكامها مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها ، لم يكن قصده من ذلك استتمام الأحكام من حيث الشكل كورقة من أوراق الإجراءات ، فيكتفى فيها بمطلق الأسباب ولو جاءت مبهمة تصح لكل حكم ، أو غامضة أو مجملة لا تنفع المطلع عليها بدالتها » ثم قالت « ولهذا كان على القضاة أن يبينوا في أحكامهم ما هي الدعوى وما الذي أجاب به المدعى عليه ، وطلبات الخصوم الأصلية والاحتياطية ، وسند كل منهم فيما ادعاه أو دفع به ، وأن يذكروا ما استخلصوا ثبوته من الوقائع ، وطريق هذا الثبوت ، وما الذي طبقوه من القواعد القانونية وسنده القانوني » ثم قالت « إن مراقبة محكمة النقض لا تؤثر ثمرها إلا إذا كانت الأحكام مشتملة على الأسباب الواضحة الكافية الكفيلة بالمقصود منها على نحو ما ذكر ، وإلا استطاع قاضي الموضوع أن يجهل طريق هذه الرقابة على محكمة النقض بما يكتفى به من أسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة أو أسباب يخلط فيها بين ما يستقل هو بتحقيقه والحكم فيه من جهة الموضوع وبين ما تراقبه فيه محكمة النقض من ناحية القانون ، فتكون بذلك الأحكام المسببة خير سبب هي الممرضة لهذه الرقابة دون الأحكام الأخرى غير المسببة »^(١) . وقالت في حكم آخر « إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة ، وفي وزن هذه الأدلة وتقديرها وترجيح بعضها على بعض ، فان خضوعه لرقابة محكمة النقض في تكييف هذا الفهم بحكم القانون وفي تطبيق

ما ينبغي تطبيقه من أحكام القانون يحتم عليه أن يسبب حكمه التسبب الكافي لتمكين محكمة النقض من إجراء هذه المراقبة ، فان قصر حكمه عن ذلك فمجزئ محكمة النقض عن التقرير بنفى المدعى به من مخالفة القانون أو من الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، نقضت الحكم لخلوه من الأسباب الموضوعية أو لعدم قيامه على أساس قانوني^(١) .

١٨٨ — ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية أنها أبطلت الحكم الصادر برفض طلب معين محدود إذا اكتفى فيه بالقول بأنه غير صحيح ولا أساس له^(٢) ؛ والحكم الصادر برفض دفع المدعى عليه لأنها غير جدية^(٣) ؛ والحكم الذى يقرر فيه القاضى أن المدعى قد أثبت الملكية التى ادعاها ، بغير أن يبين فيه ما إذا كان دليل الملكية الذى اعتمده هو أصل العقد الناقل له أم كان صورة من هذا الأصل المسجل^(٤) ، والحكم الذى يصدر برفض دعوى المطالبة بسند لم يوقعه المدعى عليه وإنما وقعه آخر تحت عبارة « وكيل فلان » (الذى هو المدعى عليه) إذا لم تذكر فيه المحكمة إلا قولها إن المدعى لم يقدم سنداً ما موقعاً عليه من خصمه ، ولم تبين ما إذا كان من وقعه كان وكيلاً عن المدعى عليه أو لم يكن ، وإذا كان وكيلاً فهل تجاوز حدود وكالته أم لم يتجاوزها^(٥) ؛ وكذلك أبطلت الحكم الصادر برفض الدفع بسبق الفصل فى الدعوى إذا ذكرت المحكمة فى أسبابه أنه تبين لها من الاطلاع على الحكم الفلانى أن النزاع الذى فصل فيه الحكم ليس هو النزاع

(١) حكم ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد ٣ رقم ١١٢ ص ١٠٥ والمهامات س ١٣ رقم ٥٤٦ ص ١٠٩٨) وانظر كذلك ن م . م . ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد ٤ رقم ٤٢ و ٤٣ ص ١٣٠ والمهامات س ١٤ رقم ١٧٣ و ١٧٤ ص ٤٢١ و ٤٢٣)

(٢) ٣ فبراير سنة ١٨٩٧ (د ٩٧ — ١ — ١٦٨)

(٣) ١٣ نوفمبر سنة ١٨٦١ (د ٦١ — ١ — ٤٨٨)

(٤) ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٨٤ (د ٨٦ — ١ — ٧٩)

(٥) ٦ يولييه سنة ١٩٠٥ (د ٩٠٨ — ١ — ٢٥٦)

المطروح عليها الآن، وكان الحكم الذى أشارت إليه هو غير الحكم الذى تمسك به صاحب الدفع^(١)؛ والحكم الصادر برفض دعوى التمييز المبنية على أن المؤسسين والمديرين لشركة مساهمة باطلة قد أخفوا عن المدعين عند شرائهم بعض أسهمها ما وقع فى تأسيس الشركة من الفساد الذى ترتب عليه بطلانها واحتالوا عليهم بوسائل غش لولاها ما اشتروا الأسهم بالثمن الذى اشتروا به، إذا اكتفت المحكمة فيه بالقول بأن بطلان الشركة لم يكن هو سبب خسارة المدعين ولا سبب الضرر الذى لحقهم^(٢)؛ والحكم الصادر برفض الدعوى التى رفضها زوجة تطلب بها إبطال الحجز المتوقع عليها هى دون زوجها وأستنها على أن العقار المحجوز عليه هو من عقارات الروكية الزوجية التى يحجز عليها فى مواجهة الزوج وحده، إذا بنى هذا الحكم على أن الحجز كان دائماً ممتازاً على العقار فكان له بهذه الصفة أن يقع الحجز على العقار كله بغير قسمة، ما دام هذا التسيب لا يصلح رداً على دعواها^(٣)؛ والحكم فى الدعوى التى كان يتنازع فيها الخصمان بصدد وكالة، أى كانت فى مصلحة الوكيل أم فى مصلحة الموكل وكان يطلب كل منهما الحكم بطلانها بالتأسيس على وجهة نظره فى الوكالة، إذا خلت أسبابه من خص هذه المسألة الجوهرية^(٤)؛ والحكم الصادر برفض دعوى التمييز التى رفعها على صاحب المصنع عامل أصيب أثناء قيامه بعمله وأسسها على تسبب صاحب المصنع فى الحادث الضار، إذا جاء فى أسبابه أن هذا العامل لم يقدم للمحكمة عقد استجاره للعمل الذى هو شرط ضرورى لاعتبار صاحب المصنع مسئولاً عن المخاطر التى تصيب عمال مصنعه (طبقاً لقانون ١٩ أبريل سنة ١٨٩٨)، فى حين أن المدعى لم يبين دعواه على هذا القانون بل أقامها على أساس المسؤولية

(١) ٨ مارس سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ - ١ - ٢٠٢)

(٢) ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ (د ٩٠ - ١ - ١٦٩)

(٣) ١٣ يونه سنة ١٨٩١ (د ٩٢ - ١ - ٣٥٠)

(٤) ١١ فبراير سنة ١٨٩١ (د ٩١ - ١ - ١٧٩)

التقصيرية ^(١) . كل هذه الأحكام وكثير غيرها يشبهها قد أبطلتها محكمة النقض خلوها من الأسباب الجديدة ^(٢)

وقضاء محكمتنا فيما يشبه هذا كثير : منه حكم ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المتقدم الذكر فقد جاء به بصد إيراد ما سبق لنا ذكره ما نصه : « وحيث إن الحكم المطعون فيه قد اشتمل على ثلاث فقرات جاء في الأولى منها : أن الاستئناف صحيح شكلا بالنسبة لمن أعلن لم في الميعاد إعلانا صحيحا ، وجاء في الفقرة الثانية : أنه تبين للمحكمة من الاطلاع على صحيفة الدعوى أن رافعتها كيفتها بأن جميع من رفعت عليهم استولوا على منزل الوقف بطريق الاغتصاب واقتسموا أرضه بينهم وأقاموا عليها أربعة منازل ، وطلبت تثبيت ملكيتها للأرض جميعها ورفع يد المفتصين وإلزامهم بأن يدفعوا لها بصفقتها (كذا) بالتضامن ولما رفضت دعواها استأنفت الحكم وجددت هذه الطلبات ، وجاء في الفقرة الثالثة : أنه بسبب التضامن وعدم قابلية الحق المتنازع فيه للتجزئة يكون حصول الاستئناف صحيحا بالنسبة لبعض الخصوم كافيا لاعتباره صحيحا بالنسبة لباقي المتضامنين ويتمين رفض الدفيعين وقبول الاستئناف شكلا » ثم قالت محكمة النقض « ومن حيث إنه ليس في تلك الفقرة الثالثة التي ركزت المحكمة فيها أسباب الحكم إلا تقريرها عدم قابلية الحق المتنازع فيه للتجزئة وتضامن المستأنف عليهم في رده والتعويض عنه ، وإلا تقريرها أنه بسبب هذين الأمرين يمكن اعتبار الاستئناف الصحيح المرفوع على بعض المستأنف عليهم صحيحا في حق الطاعنين ، وإن لم يصح الاستئناف بالنسبة إليهم في الواقع ونفس الأمر . ومن حيث إن هذا التقرير ينقصه سنده ودليله ومقدماته ، ويمعز محكمة النقض عن تناوله بالمراقبة من ناحية تطبيق القانون . ذلك لأنها لا ترى فيه كيف يكون الحق المتنازع عليه في الدعوى غير قابل

(١) ٢٥ يولي ١٩٠٤ (د ٩٠٥ - ١ - ٨٨)

(٢) تعليقات والوز على المادة ١٤١ مضافات من قرة ١٤٧٤ لناية ١٦٦٣

للتجزئة مع ادعاء الطاعنين أن موضوع هذا الحق هو عين مادية قابلة للتجزئة في نفسها وبالنسبة إليهم ، لأن كلا منهم واضح يده على جزء معين منها ويستند في وضع يده إلى عقد قدمه صادر له من مملكه الذي أدخله ضامنا له في الدعوى ، وكيف يكون المستأنف عليهم متضامنين برد العين المدعى غصبها مع أنهم زعموا أنهم لم يشتركوا في غصب ، وأن كلا منهم اشترى ما هو في يده من مملكه ، ومع أن المدعية تسلّم بصور هذه العقود المقدمة في الدعوى وتحتج بأن مدة وضع يد كل منهم لم تبلغ المدة المكتسبة للملكية بالتقادم . كذلك لم تر هذه المحكمة في الحكم المطعون فيه كيف يكون المستأنف عليهم جميعاً متضامنين في رد مبلغ كذا على أساس أن غصب العين هو فعل ضار يوجب ملزومية فاعليه بالتضامن طبقاً للمادتين ١٥٠ و ١٥١ من القانون المدني كما تدعى ناظرة الوقف ، مع احتمال أن يكون أساس ملزوميتهم عند وجوب الرد هو المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدني ولا تضامن فيهما ، ولم تر فيه كذلك الخ .. » ثم خلصت من ذلك كله إلى القول بأن الحكم المطعون فيه لم يشتمل على الأسباب التي بنى عليها طبقاً لنص المادة ١٠٣ من قانون المرافعات .

وفي قضية كانت محكمة الاستئناف حكمت فيها تهميداً بتكليف المدعى باثبات العلاقة المباشرة التي زعم أنها كانت بينه وبين المدعى عليه وأسس عليها دعواه وصرحت لنخصه (الطاعن) بنفي هذه العلاقة وكلفت الضامن باثبات أنه كان شريكاً للمدعى ، ثم حكمت في الموضوع بتأييد الحكم المستأنف ، بانية حكماً على أن التحقيق الذي أجرته تنفيذاً للحكم التهميدي لم يسفر عن نتيجة حاسمة فيما يختص بوجود شربة بين الضامن والمدعى وكذلك لم ينف العلاقة الموجودة بين المدعى والطاعن — في هذه القضية قالت محكمة النقض : « إن الحكم المطعون فيه — فوق قصوره عن بيان العناصر الواقعية لتلك العلاقة التي جعلها أساساً لتأييد الحكم المستأنف — قد قصر عن ذكر ثبوت هذه العلاقة قصوراً بمعينا أصبحت

معه محكمة النقض لا تدرى أأخذت محكمة الاستئناف بمبناها التى صرحت به فى الحكم التمهيدى من أن المدعى هو المكلف بإثبات العلاقة المباشرة التى ادعاها ثم حصلت هذا الإثبات من عناصر التحقيق الذى أجرته بنفسها وطوت ذكر هذا الإثبات فى ضميرها فلم تتحدث فى حكمها إلا عن نقي هذه العلاقة ، فيكون كل قصور الحكم أنه أهمل ذكر تحصيل هذا الإثبات وإيراد طرق تحصيله ، أم أن محكمة الاستئناف لما لم تر هذا التحقيق وافيا بتحصيل إثبات هذه العلاقة اعتبرتها قائمة موجودة من الأصل ، كما اعتبرت أن التحقيق لم يكن مطلوبا إلا لتمكين الطاعن من نقي هذه العلاقة وإثبات (سائر ما يزعمه دفعا للدعوى) فتكون عندئذ قد خالفت الحكم التمهيدى فيما قرره من جعل الإثبات على الطاعن . وهذا التخاذل فى الأسباب يعيب الحكم المطعون فيه » ثم قالت « إن محكمة الاستئناف لم تنسب الحكم المطعون فيه إلا بتلك الأسباب للتخاذل ، ولم تفصح عما قدمه خصوم الدعوى من الأدلة فيها ولا عما قبلته أو اطرحته هى منها ، سواء أكان ذلك لعدم قبول الدليل قانونا أم لقصوره فى دلالته أم لرجحان غيره عليه فى تلك الدلالة ، وبالجملة لم تبين مِم استخلصت رجحان ثبوت تلك العلاقة المباشرة . ولهذا يتعين قبول الطعن ونقض الحكم » (١) .

وقالت فى حكم ثالث : « إن اعتبار الحكيم الابتدائى والاستئنافى أن الدعوى مبنية على مخالفة الاتفاق المؤرخ (الذى نظم به الطرفان المتنافسان سير بواخرهما من دمياط على النيل) والقضاء فيها على هذا الأساس ، بعد أن اتضح مما لا حقلته هذه المحكمة من أن سبب الدعوى هو تصف رجال الإدارة المخالف للقانون العام قطع — إن ما اعتبره الحكمان من ذلك يكون فى الدعوى المرفوعة اعتبارا لا سند له فى الواقع ولا فى القانون . وبما أنه يحتمل أن يكون لهذا الاعتبار سند قانونى مؤسس على عنصر موضوعى لم تذكره أى المحكمتين فى

أسباب حكمها وقد لا يكون له سند ألبتة ، ومتى جاز هذا وذلك وأصبحت الدعوى التي بحثتها المحكمة وقضت فيها بما قضت غير الدعوى المرفوعة لها في واقع الأمر ، فقد انكشف أن الأسباب التي بنت عليها محكمة الاستئناف حكمها الصادر في الاختصاص وفي الموضوع ، إما أنها غير منتجة أو ناقصة . وهذا الإبهام مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة الخطأ المدعى به في تطبيق القانون ، لأنها أصبحت لا تدرى معه أكان هناك وقائع عسف فقط مخالفة للقانون كما ادعى (المدعى الأصلي في الدعوى) فيستحق عليها تعويضا ، أم أن هناك مخالفة فقط للاتفاق المؤرخ .. ولا شك أن لكل من هاتين الصورتين حكما قانونيا يخالف حكم الصورة الأخرى . وحيث إن محكمة الاستئناف لم تسبب حكمها المطعون فيه إلا بتلك الأسباب الناقصة ، فلذلك يتعين قبول الطعن ونقض الحكم «^(١) .

ومن ذلك أيضا حكم أصدرته في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢^(٢) قضت فيه بأنه إذا اختلفت صيغة التنازل الصادر من شخص بشروط معينة عن صيغة القبول الصادر من طرف آخر بلا قيد ولا شرط ، وحكمت المحكمة باعتبار هذا التنازل نهائيا ، فيجب أن تبين في حكمها كيف تلاقي كل من الإيجاب والقبول بين الطرفين تلاقيا محققا لفرض القانون ومؤديا إلى انقضاء الالتزام ، وإلا كان حكمها مبهما إبهاما يجعله كأنه غير مسبب .

وقد صاغت محكمتنا هذه القاعدة صياغة أخرى فقالت في حكم أصدرته في ٢٥ إبريل سنة ١٩٣٥ : لمحكمة النقض نقض الحكم المطعون فيه متى رأت في بياناته نقضا جوهريا يستحيل معه أن تعرف الحقيقة الواقعية التي على معرفتها المدار في

(١) ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (مج. س ٣٦ عدد ١٥ ص ٤٠ والمحاماة س ١٥ ق ١

رقم ٨٢ ص ١٨٦)

(٢) ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨١ ص ٩٦٤ ومج س ٣٣

عدد ١٥٨ ص ٣١١)

تكليف الواقع وبيان ما ينطبق عليه من أحكام القانون^(١). وقالت في حكم آخر أصدرته في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥: إذا أجملت محكمة الموضوع بعض العناصر الواقعية في الدعوى فأعجزت محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون فإن حكمها يكون باطلا قانونا، وإذن فإذا كانت في معرض بيان ما إذا كان ورثة ناظر الوقف قد حصلوا فعلا من ريع المباني التي أقامها مورثهم (مما لا حق لهم فيه) مبلغا يفي بحقوقهم (في ريع مبان أخرى أقامها) قد أجملت وأبهمت بحيث لا يعلم من حكمها ماهو بالضبط حقيقة هذا الريع الذي حصلوه ولا حق لهم فيه وماهو حقيقة الريع وغير الريع مما لم حق فيه قبل جمة الوقف، فإن هذا الإبهام يجعل الحكم غير قائم على أساس قانوني ويتعين نقضه^(٢).

١٨٩ - التافسه في الأسباب^(٣): وقد تكون العلة في خلو الحكم من الأسباب ما يقع فيها من التناقض بين بعضها وبعض فيتأحيان ويصبح الحكم ولا أسباب يقوم عليها في واقع الأمر^(٤). ومن أمثله: أن يحكم القاضي بإلزام المدعى عليه بتعويض عن حادث ضار تسبب فيه وأن يذكر في بعض أسباب حكمه أنه كان على المدعى عليه أن يحتاط للأمر ويعد له عدته حتى يتفادى وقوع الحادث، ثم يذكر في الأسباب الآخر أن المدعى هو المسؤول وحده عما أصابه من الضرر^(٥). ومن أمثله أيضاً أن تحكم محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من بطلان بيع محل التجارة، وإبلاغه فيما قضى به من إلزام البائع بالتضمينات ورفضها، وأن تأخذ في قضائها ببطلان البيع بأسباب الحكم

(١) ن. م. م. ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد ٥ رقم ٥٦ من ١٩٩ والمحاماة ١٥ ق ١ رقم ٢١٩ من ٤٢٨)

(٢) ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد ٦ رقم ١٥ من ٦١)

(٣) يراد بالتناقض في الأسباب هنا التناقض في الأسباب الواقعية، أما أنواع التناقض الأخرى فراجع فيها فراجيت (طبعة ثانية) فقرة ٢١٠ و ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٣ و ٢٢٨ من

(٤) المرجع السابق هامش ٢

(٥) ن. ف. ٨ أغسطس سنة ١٨٩٣ (د ٩٤ - ١ - ٢١٤)

المستأنف التي جاء فيها أن البائع قد لبس على المشتري حال محل التجارة فأفسد رضاه ولولا ما استعمله معه من الوسائل الاحتمالية لما كان المشتري اشترى منه ذلك المحل على حاله ، وأن تبني قضاءها برفض طلب التعويض على القول بأنه قد ثبت لها من ظروف الدعوى وأحوالها أن المشتري كان على علم بحال محل التجارة ، وبأن ذلك الرواج الذي تأثر به إنما كان سببه الاشتغال بالتجارة في بضاعة مفسوشة^(١) .

ولا يكون التناقض في أسباب الحكم مبطلاً إلا إذا كان من شأنه أن يجعل الأسباب متهدمة متناقضة لا شيء فيها باقياً يمكن أن يعتبر قوياً لمنطوق الحكم^(٢) ، فإن لم يكن كذلك فلا يبطله . ومن الأمثلة حكم قضى برفض دعوى تعويض عن بضاعة أصابها تلف ترتب على غرق الباخرة التي شحنت فيها ، جاء في أسبابه أن الفرق يجب اعتباره مترتباً على حادث قهري وإن كانت المائدة قد دلت على وجود ثقب صغير نفذ منه الماء إلى الباخرة ، متى كان ثابتاً من هذه المائدة أن الثقب pique كان — لصغره وعدم استطاعة رؤيته من الخارج — لا يستطيع مهرة الملقطين كشفه ومعالجته قبل السفر^(٣) . وفي هذا المعنى قالت محكمتنا : لا يعيب الحكم أن يكون من عبارات أسبابه عبارة موهمة بوقوع تناقض بين الأسباب بعضها مع بعض ، ما دامت هذه العبارة لم يكن لها أثر في نتيجة الحكم^(٤) .

- (١) ن . ف ٢٥ يولييه سنة ١٩٠٤ (د ٩٠٥ — ١ — ٢٨٨) ، ون . ف .
٧ يناير سنة ١٨٩١ (د ٩١٥ — ١ — ٥١)
(٢) ن . م . م ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٤ ص ٢٦٠
والحماسة س ١٦ رقم ٥٨ ص ١٢٠)
(٣) ع . ف ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ (د ٩٩ — ١ — ١١٧) وتعليقات دالوز من
قصة ١٥٠٧ إلى ١٥٢٨
(٤) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٣ ص ٧٧ والحماسة س ٩٣
رقم ٤٢٢ ص ٨٥٥)

وقد جرى قضاء محكمةنا الجنائية على ما سبق ذكره من عدم قبول الأسباب الظاهرية أو المهمة أو المتناقضة بعضها مع بعض^(١).

ويستبر الحكم كذلك خالياً من الأسباب إذا جاءت أسبابه مناقضة لمنطوقه مناقضة تامة ينتفى معها إمكان اللامة بينها وبينه . ومن أمثله : الحكم الصادر برفض دعوى التمييز إذا صرحت المحكمة في أسبابه بأن موت مورث المدعين قد نشأ وترتب على خروج القطار عن شريطه الحديدى واصطدامه به ، ثم قالت في منطوقه إن هذا الموت لا يمكن اعتباره مترتباً مباشرة على ذلك الفعل الضار^(٢) . وكذلك الحكم الذى جاء فى أسبابه أنه لا محل لبحث طلب المقاصة الذى قدمه المدين لانعدام المصلحة فيه ، ثم زيد مع ذلك فى منطوقه على مقدار المحكوم به ابتدائياً على المدين ما طلبه الدائن أمام محكمة الاستئناف^(٣).

٢ - ما يجب تسييبه من الأحكام

١٩٠ - يجب تسييب كل حكم قصدى أو ضمنى صدر بقبول أو برفض أى طلب قدم إلى المحكمة قدماً صحيحاً^(٤) ، سواء أكان الطالب أصلياً أم احتياطياً

(١) حكم ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى الأسباب العامة التى يمكن وضعها فى كل حكم ولا تحقق غرض الشارع من تسييب الأحكام وحكم ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى التسييب الظاهرى والأسباب المهمة وحكم ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى تناقض الأسباب مع المنطوق وحكم ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٩ فى أن إيراد التذليل فى الحكم على صورة مضطربة وذكر الوقائع مشوشة بعيدة عن الفهم يجعل الحكم ميبساً وحكم ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى أن التناقض بين الأسباب لا يبطل الحكم إلا إذا قامت وتضمن معرفة أيها المقصود للمحكمة والنتج لما قضت به (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٢٢ ، ٣٩ ، ٢٣٧ ، ٣٠٤)

(٢) ن . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ (٩٠٨ د - ٥ - ٦٢)

(٣) ن . ف ٢ فبراير سنة ١٨٩١ (٩١ د - ١ - ١٩٨) والأحكام المشار

إليها فى تعليقات دالوز فقرة ١٥٢٩ إلى ١٥٤٤

(٤) وينبى التفرقة بين إغفال الفصل فى أحد الطلبات وإغفال إيراد أسباب الفصل فيه ، إذ فى الحالة الأولى يجوز التماس إعادة النظر بهروطه ، وفى الحالة الثانية يظن فى الحكم بطريق النقض بهروطه .

أم فرعياً من المدعى أو من المدعى عليه أو من المتدخل فى الخصومة أو من المدخل فيها ، وسواء أكان الطلب ^(١) دعواً أم دفع دفع ، وسواء أكان الدفع ابتدائياً يجب تقديمه قبل ما عداه أو قبل مواجهة الموضوع أم كان دعواً بعدم قبول الدعوى أم دعواً موضوعياً فيها . فإذا طالب إنسان آخر بدين مثلاً ، فأجاب المدعى عليه بأنه كان قاصراً حين الاستدانة وأن الدين مع ذلك سقط بالتقادم ، ثم أجاب الدائن على هذا الدفع بأن الوصى قد أجاز الاستدانة والتزم وفاء الدين ، وأن المدعى عليه نفسه قد اعترف بالدين بعد ذلك بورقة أخرى قاطعة لمدة التقادم ، وأنكر المدعى عليه توقيعه على هذه الورقة فأجاب المدعى بأن هذا الإنكار غير جدى ، وقدم كل منهما فى ذلك طلباته وأدلته ، فإن الحكم الصادر بإلزام الدين بدفع الدين يجب أن تتناول أسبابه جميع هذه الدفوع ودفع الدفوع ، وإلا اعتبر خالياً من الأسباب ونقضته محكمة التقضى لهذا الخلو .

وإذا تعددت طلبات المدعى أو دفع المدعى عليه ، اعتبر الحكم الصادر فى الدعوى متعدداً ووجب على القاضى أن يسبب حكمه فى كل منها بأسباب خاصة ، إلا إذا أمكن حمل بعض أجزائه على الأسباب الخاصة ببعض الآخر ، وإلا كان الحكم باطلاً بالنسبة للأجزاء الخالية من الأسباب ^(٢) .

١٩١ — وعلى ذلك فالحكم الصادر بالدين ورفض طلب الفائدة القانونية من يوم المطالبة الرسمية يجب تسبيبه فى كل من جزئيه بأسباب خاصة ، والحكم الصادر بالدين وبقوائد — لا من وقت المطالبة الرسمية بل من يوم صدور الحكم المستأنف — يجب تسبيبه كذلك فى الأمرين ^(٣) ، لعدم إمكان حمل الحكم الصادر برفض طلب القوائد فى الصورة الأولى والحكم الصادر بها من يوم صدور

(١) لا قصد بالطلب هنا الدعوى demande وإنما قصد ما جرى التعبير عنه بالطلبات الختامية conclusions .

(٢) راجع فى الباب كله تعليقات دالوز على المادة ١٤١ من فقرة ٤٧٤ لاية ٧٣١

(٣) ن . ف . ١٩ ديسمبر ١٨٧٧ (د ٧٧ — ١ — ٢٩٥)

الحكم في الصورة الثانية على الأسباب التي بنى عليها الحكم بأصل الدين . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا طعن خصم في إجراءات خبير الدعوى وفي موضوع تقريره وكانت اعتراضاته على موضوع التقرير بعضها عام وبعضها خاص ببعض المسائل التي بحثها الخبير ، وطلب من المحكمة الحكم ببطالان تلك الأعمال وعدم الأخذ بالتقرير موضوعا ، وصدر الحكم برفض هذه الطلبات بغير أن تتضمن أسبابه الرد إلا على ما زعم الخصم من بطلان الإجراءات وعلى ما انتقد به تقرير الخبير من الوجهة العامة ، دون الاجابة على وجوه النقد الخاصة من هذا التقرير ، كان الحكم متعين النقض لخلوه من الأسباب ^(١) . وقضت كذلك بأنه إذا طلب المستأنف عليه الحكم بعدم قبول الاستئناف شكلا لرفعه بعد الميعاد ودفع المستأنف هذا الطلب بقوله إن الحكم المستأنف — من جهة — لم يعلن له في الحل الواجب إعلانه فيه ، ومن جهة ثانية ، بأن لورقة إعلانه تاريخين إذا اعتبر أحدهما مبدأ احتساب الميعاد صح رفع الاستئناف في ميعاده ، فإن الحكم الذي يصدر بعدم قبول الاستئناف شكلا ، ولا تجيب المحكمة فيه إلا على الشق الثاني من دفع المستأنف يعتبر خالياً من الأسباب واجبة النقض ^(٢) . وكذلك قضت بأنه إذا طلب أحدهم بطلان وصية لعدة أسباب يوجب كل منها البطلان ، ثم قضت المحكمة برفض الدعوى وبصحّة الوصية ، فإن الحكم يكون خالياً من الأسباب إذا كانت المحكمة لم تبحث في أسبابه إلا بعض وجوه البطلان المدعاة فقط وسكتت عن الوجوه الأخرى ^(٣) . وكذلك قضت بأن الحكم الذي يصدر بعدم قبول الاستئناف المرفوع عن حكم أصدره أحد قضاة الصلح في قضية من

(١) ن . ف . ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٥٤ (د ٥٥ — ١ — ٢٥٩)

(٢) ن . ف . ١٧ مارس سنة ١٨٧٩ (د ٧٩ — ١ — ٤٦٧)

(٣) ن . ف . ١٢ يولييه سنة ١٨٩٢ (د ٩٢ — ١ — ٤٥١) ون . ف . ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ٢٩٤) في خلو الحكم من أسباب خاصة يجيب بها على وجه بطلان خاص أقيمت به وبوجوه آخر دعوى بطلان شركة من شركات المساهمة .

قضايا وضع اليد ، وتعتمد فيه محكمة الاستئناف على ما كان من اتفاق الخصمين على اعتبار حكم قاضى الصلح اتهائيا لا يستأنف . هذا الحكم يكون خاليا من الأسباب إذا كان قد سكت عن الرد على ما أجاب به المستأنف من أن الحكم المستأنف قد فصل في الواقع في مسألة اختصاص وفي مسألة ملكية لا تدخلان في الاختصاص التحكيمى المتفق عليه^(١) .

وبهذا أيضاً جرى قضاء محكمتنا المصرية . فن ذلك حكمها الصادر في أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ الذى قررت به أن الدفع ببطلان عمل الخبير في الدعوى لمباشرة العمل فيها قبل إعلان الحكم الصادر بندينه المدعى عليه مع كونه حكماً غايياً ، ولعدم توجيهه دعوة صحيحة إلى هذا المدعى ليحضر أمامه في اليوم الذى حدده لمباشرة العمل ، ولعدم تقديم تقريره في الوقت اللائق — هذا الدفع ليس من قبيل الخرج الذى يلقى بها الخصوم ولا تكون المحكمة ملزمة حتى بذكرها والرد عليها في حكمها ، بل هو من الدفع الذى يترتب على الأخذ بها أو رفضها القضاء ببطلان عمل الخبير أو بصحته . فن الواجب على المحكمة ، تحقيقاً للفرض الذى يرمى إليه قانون الرافعات فى المادة ١٠٣ ، أن تبين في حكمها الأسباب التى استندت إليها في رفض هذا الدفع بياناً كافياً ، فإن هى لم تفعل كان حكمها باطلاً بطلاناً جوهرياً^(٢) . ومن ذلك حكمها المؤرخ فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الذى قررت به أنه إذا قضى الحكم بتعويض على شخص لعدم تقديمه عقد إجارة مودعا لديه إلى شريكه فى الاجارة ولم يبين وجه الضرر الذى لحق المحكوم له بالتعويض مع نفي المحكوم عليه لحق أى ضرر به ، اعتبر هذا الحكم غير مسبب فيما أوجبه من التعويض ، وتمين نقضه^(٣) ؛ وحكمها المؤرخ فى ٢٩ ديسمبر سنة

(١) ١٢ أبريل سنة ١٨٩٤ (د ٩٤ — ١ — ٢٤٠)

(٢) أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧٤ ص ٥٦ والمحاماة

ص ١٣ رقم ٢٦٨ ص ٥٢٠)

(٣) ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧٩ ص ٦٤ والمحاماة

ص ١٣ رقم ٣٤٣ ص ٦٩٦)

١٩٣٢ الذى قررت به أنه إذا تعددت وجوه النزاع الناشئة عن عقد، وكان لكل وجه منها فى ذلك العقد حكم خاص، ورفضتها المحكمة جميعا مستندة إلى الحكم الوارد بشأن أحدها فى العقد، فإن قضاءها فى غيره يكون متعين النقض لخلوه من الأسباب التى بنى عليها^(١). وحكمها المؤرخ فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ الذى قررت به أنه إذا طعن لدى المحكمة الاستئنافية على تقرير خبير بأنه قد خالف موجب حكم نهائى، وكان كل ما دعت به محكمة الاستئناف حكمها هو قولها إنها اطلمت على تقرير الخبير ومحاضر أعماله وتبينت صحة النتيجة التى وصل إليها، وإن ما وجه إلى هذا التقرير من الاعتراضات ليس مما يضعف من صلاحيته، كان هذا الحكم باطلا باعتباره خلوا من الأسباب وتعين نقضه^(٢). وحكمها الصادر فى ٧ يونية سنة ١٩٣٤ الذى قررت به أنه إذا دفع لدى محكمة الاستئناف بأن المستأنف عليه لا يملك كل المنزل الذى يطالب بأجرته كلها وإنما له أن يطالب بأجرة حصته فقط، فردت محكمة الاستئناف على هذا الدفع بأنه ثبت لديها من حكم صدر فى دعوى أخرى أن المستأنف عليه كان وكيلًا عن باقى الشركاء وأنه كان هو المتولى تأجير المنزل، كان حكمها منقوضا لأنه متى صح أن المنزل مملوك للمستأنف عليه ولورثة آخرين معه فلا يكون له أن يطالب إلا بنصيبه هو فى الأجرة فقط إلا إذا كان وكيلًا عن باقى الورثة، وفى هذه الحالة ينبغى أن يبين أسماء موكله ويقدم للمحكمة ما يثبت توكيله عنهم حتى تسير الدعوى معلوما فيها كل خصوصها ويكون الحكم الذى يصدر حجة لهم أو عليهم، وعدم اشتغال الحكم على ذلك البيان واقتصاره على رفض الدفع بعدم الصفة بعبارة مبهمه، وعدم ذكره لاسم أحد فى ديباجة الحكم ولا فى منطوقه سوى اسم للمستأنف عليه — كل هذا النقص

(١) ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٥ ص ٦٨ والمحاماة

ص ١٣ رقم ٣٤٩ ص ٧٠٥)

(٢) ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٨ ص ٧٦ والمحاماة

ص ١٣ رقم ٤١٧ ص ٨٤٧)

لا يدرى معه لمن صدر الحكم ، وهذا عيب جوهري مبطل له^(١) . وقضت في حكم آخر بأن الخطأ والنس والتدليس هي عيوب تقصد الحساب ولا تجعله حجة على من أقره غافلاً عنها ولو كان بالغاً رشيداً ، فمن واجب القاضي إذا طعن لديه بعيب من هذه العيوب أن يستمع للطعن ويحققه متى قدم له من الشواهد ما يترجح معه لديه أنه مطعن جدى ، كما أن من واجبه عند رفضه تحقيق هذا المطعن أن يبين العلل التي توجب هذا الرفض ، فإذا اعتمدت المحكمة الحساب بغير أن تحقق للطاعن الجوهريّة الموجهة إليه الخاضرة أدلتها أمامها ، ولم تبين الأسباب التي دعّتها لعدم الاعتداد بتلك المطاعن ، كان حكمها باطلاً لخلوه من الأسباب^(٢) . وكذلك قضت بأنه إذا دفع لدى محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف قد خالف حجة حكم سابق تمسك به المستأنف فمن الواجب الرد على هذا الدفع سواء أكان الحكم الذي تمسك به المستأنف قد صدر تمهيداً صرفاً لا يجوز قوة الشيء المحكوم به أم كان له جانب قطعي اكتسب هذه القوة النهائية بعدم استئنافه بعد إعلانه ، فإذا قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف فرفضت بذلك ضمناً الدفع بحجية الحكم السابق صدوره ولم تبين الأسباب التي اعتمدت عليها في القضاء بهذا الرفض كان حكمها باطلاً متعيناً نقضه^(٣)

١٩٢ — ولا يعتبر الطلب (بالمعنى المتقدم الذكر) متعيناً على المحكمة أن تجيب عنه بأسباب خاصة ، إلا إذا قدم لها صريحاً معيناً محدداً على صورة الطلب الجازم تقديماً صحيحاً ، بإبدائه شفاهاً بالجلسة ، أو كتابة في صحيفة افتتاح الدعوى أو في مذكرة معلقة للخصم بشرط أن يبدى بعد ذلك بالجلسة . فإن كان طلباً

(١) ٧ يونه سنة ١٩٣٤ (الحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٢٢ ص ٤٢ والفانون والاقتصاد س ٤ رقم ٥٨ ص ١٦٩)

(٢) ١٤ يونه سنة ١٩٣٤ (الحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٢٦ ص ٤٩ ومج . س ٣٥ رقم ١٨٨ ص ٤٧١)

(٣) ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ (الفانون والاقتصاد س ٦ رقم ٢ ص ٦)

من الطلبات ، فعلى مقدمه أن يفصل موضوعه ويذكر دليله ، وإن كان وجه دفاع^(١) فعليه أن يبين المقصود منه والفائدة التي تعود عليه من ورائه ، إذ المحكمة ليست ملزمة بالرد على طلب مبهم ، أو وجه دفاع لا تظهر أهميته ، ولا على طالب غير متعلق بالدعوى ولا منتج فيها ، ولا على الطلبات التي قدمت بعد إقفال باب المرافعة ، أو التي ذكرت في المذكرات ثم أهملت لدى المرافعة ، ولا على الأقوال التي لم تقدم بصيغة الطلب الجازم كقول الخصم « ومع ذلك أنا مستعد لتقديم البينة » أو « إن خصمى يجب عليه هو تقديم دفاتره » أو « إن العقد باطل شكلا وموضوعا » ، ولا على ما سكت الخصم عن إبداء أى طلب بخصوصه من طلبات

(١) المراد بأوجه الدفاع ما اصطلاح على تسميته في الفقه الفرنسي باسم (moyens) وهي كل ما كان سنداً ضروريا لطلب أو دفع مقدم من خصم . وهذه هي التي تجب الإجابة عليها بأسباب خاصة ، أما الحجج والأدلة فلم يوصوا بالإجابة عليها بأسباب خاصة (فاققرة ٨٨) وانظر ن . م . م . ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ (الحاماة س ١٢ رقم ٣٠١ ص ٦٠٠) وقاعدته : إن قاضي الموضوع غير مكلف بأن يورد كل حجج الخصوم لتفنيدها ، بل هو حر في ذكر الأسباب التي اعتمد عليها في تكوين اعتقاده ، ولا رقابة لمحكمة النقض على حكمه متى كان مبنياً تسبباً صحيحاً ، ون . م . م . ١٩ م . م . ١ يناير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٨٩) ون . م . م . ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ (الحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨ ص ١٤) . وقاعدته : بحسب قاضي الموضوع أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يذكر دليله ، وما عليه أن يتنبع الخصوم في مناحي أقوالهم ويختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أو आरोه من مرافعتهم ، مادام قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليله فيه التعليل . الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات . وكذلك راجع حكم الدائرة الجنائية في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الذي قالت فيه : ليس من الواجب على المحكمة في التذليل على ما تراه الواقع أن تنقب الدفاع في كل شبهة يقيمها أو استنتاج يستتبعه من ظروف الواقعة أو أقوال المصهود ، وترد عليه شبهة شبهة واستنتاجا استنتاجا ، وحكمها في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ التي قررت . به أن محكمة الموضوع في حل من أن لا تحجب على شيء من الدفاع سوى ما يكون من الطلبات الجوهرية المبينة ، وحكمها في ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ التي قررت . به أن المحكمة ليست ملزمة بالدوران مع الدفاع في كل منحي وسلوك من مناحي أقواله ومساكنها ولا بالإجابة عن كل صفة وكبيرة من بياناته واستنتاجاته ، إلا ما كان طلباً معيّناً صريحاً مأموراً قانوناً بإجابه . أو رفضه رفضاً مبنياً (راجع هذه الأحكام تحت رقم ٥٠ و ٧٨ و ١١٥ من مجموعة القواعد القانونية ج ١)

على أن التفرقة بين أوجه الدفاع والحجج هي في واقع الأمر مسألة تديرية .

نخصه ، ولا على الأقوال والحجج والبحوث والشواهد التي لم يخرجها صاحبها
مخرج الطلب الجازم الذي يقرع سمع المحكمة ويقتضيها الإجابة عليه ^(١) . وإذا
أورد الخصم واقعة واستقى منها حججه من غير أن يطلب الفصل فيها ، فليست
المحكمة ملزمة (إذا نفت هذه الواقعة) بأن تأتي بأسباب خاصة لذلك ^(٢) .

هذا ولئن كان يحسن وضع ما يهيم كل خصم من مدعيات وأوجه دفاع
في الجزء المختام المخصص عادة للطلبات من صحيفة افتتاح الدعوى أو من
المذكرات ^(٣) ، كأن يقول المدعي في صورة القضية التي مثلنا بها في صدر هذا
الفصل « إنني أطلب من المحكمة أن تقرر أن وصي المدعى عليه قد أجاز استدانة
محبوره فصح عقدها ، وإنه هو مع ذلك اعترف بصحة الدين بخطابه المؤرخ في
كذا قطع بذلك مدة التقادم الذي ادعاه ، وأن تحكم بعد ذلك بإلزام المدعى عليه
بالدين وبالمصاريف » — لئن كان يحسن إيراد المهم من المدعيات وأوجه الدفاع
في هذا الجزء الخاص بالطلبات ، إلا أن العبرة مع ذلك في معرفة ما الطلب وما

(١) راجع في تفصيل ذلك ما جاء بموسوعات الأحكام وتعليقات دالوز على المادة ١٤١
مرافعات فقرة ٧٨٥ وما بعدها . ومن الأمثلة : (١) من اتصر على دفع الدعوى بالطنن في
صفة راضها وحكمت المحكمة عليه برفض دفعه وبطلبات المدعي ، لا يجوز له أن يطعن في الحكم
الصادر في موضوع الدعوى بخلوه من الأسباب ، مادام هو قد سكت عن منازعة المدعي في
دعواه وحصر النزاع في الدفع بدم الصفة (ن . ف ١٠ مارس سنة ١٨٦٢ د ٦٢ — ١ —
٢١٩) وقد أشير إليه في المرجع السابق فقرة ٨١١ . (٢) والحكم الصادر بتأييد الحكم
المتأنت القاضي بإلزام المحكوم عليهم بالتضامن لا يعتبر خالياً من الأسباب فيما قضى به من هذا
التضامن ، إذا كان المتأنت قد اتصر على الطعن في الحكم المتأنت من ناحية قضاء بالإلزام
فقط ، ولم يطلب احتياطيا الحكم برفض طلب التضامن حتى كان يبين على محكمة الاستئناف
أن تعيب على هذا الطلب بأسباب خاصة (ع . ف ١٤ أغسطس سنة ١٨٧٢ د ٧٣ — ١ —
٤١٣) وأشير إليه في المرجع السابق فقرة ٨١٥ .

(٢) دالوز الصلي ج ٧ فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٥

(٣) وقد أذاعت نهاية الهامين أمام محكمة النقض الفرنسية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣
منشوراً على النقابات الأخرى لغت في الأنظار إلى ما أوردناه في المتن لدفع القول بجدة الأسباب
المتعلقة بوجوه الطاع عند الطعن بقصور الحكم الطمون فيه عن الإجابة عليها بأسباب خاصة
(نشر في ص ٤٤٦ من فبراجيت)

وجه الدفاع فيه هي بصيغة الطلب وأهميته ، لا بموضع ذكره في صلب صحيفة الدعوى أو صلب المذكرات أو في الجزء الختامى منها المخصص للطلبات كما قلنا .

١٩٣ — ولئن كان الأصل هو تسبب كل جزء من الحكم بأسباب خاصة^(١) تنتج ، فيسبب جزء الحكم الصادر برفض الطلب الأصلي بأسباب خاصة ، وجزؤه الصادر بقبول الطلب الاحتياطى بأسباب آخر ، وجزؤه الصادر برفض الدفع بأسباب آخر كذلك ، إلا أنه كثيراً ما تقيم المحكمة حكمها في جميع أجزاء الدعوى على أسباب عامة تصلح لكل منها ، وكثيراً ما تسبب أحكامها الصادرة في بعض الطلبات ، وتترك ما قضت به في الطلبات الأخرى محمولاً على تلك الأسباب فينحمل عليها ، إما لأن الحكم بقبول أو برفض بعض الطلبات يقتضى الحكم بقبول أو برفض بعض آخر ، وإما لأن الحكم بقبول أو برفض بعض طلبات المدعى يقتضى الحكم برفض بعض الدفع المقدمة من المدعى عليه أو قبولها ، وبالعكس .

فالحكم للمدعى بأصل حقه وبما تنبعه أو التحق به من التوابع والملحقات ، أو برفض ذلك جميعاً ، يكفي فيه أن يكون مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها الحكم بقبول الطلب الأصلي أو برفضه ، ولا يصح الطعن عليه بأنه خلو من أسباب صريحة خاصة بالطلبات التابعة أو الملحقة . فحسب الحكم الصادر بإلزام المدعى عليه بالدين وبفوائده من وقت المطالبة الرسمية وبالمصاريف أن يكون

(١) راجع في القوائد والتجديد منها : ف ٤ يونيه سنة ١٨٩٠ (٩١ د - ١ - ٣٩١) ون . ف ٩ يولييه سنة ١٩٠١ (٩٠ د - ١ - ٣٥) وفي المصاريف الأحكام الكثيرة النزه عنها في تطبيقات دالوز على المادة ١٤١ من قانون المرافعات (فقرة ١٨١٦ وما بعدها) . وفي الضمينات ن . ف ٢١ مايو سنة ١٨٨٣ (٨٤ د - ١ - ٨٥) وفي الطلبات التابعة لتطبيقات دالوز من فقرة ١٧٩٤ إلى ١٨٣٨

وهناك أحكام لا حاجة لتسببها ، كالأحكام الصادرة بالتحقيق من تلقاء نفس المحكمة أو الأحكام للزمن من خسر الدعوى بمصاريفها . أما الأحكام التى تأخذ فيها المحكمة بسلطانها التقديرية في تطبيق القانون ، ففي وجوب تسببها خلاف (جارسونيه ٣ ص ٣٢٨ و ٣٢٩) ، وراجع ما قلناه في الفصل الموقوف للسلطة التقديرية .

مسيباً في خصوص أصل الإلزام بالدين ، ليقام على أسبابه الحكم بالقوائد والمصاريف . وحسب الحكم الصادر برفض طلب تثبيت الملك ورد ثمراته أن يبين كيف نفي الملك عن المدعى ، ليدل الحكم على أنه غير مستحق لثمراته . وحسب الحكم الصادر برفض الدعوى التي طلب فيها فسخ العقد وإلزام المدعى عليه بالتضمينات المترتبة على الفسخ أن تبين المحكمة لم لم تفسخ العقد لتحمل عليه صحة الحكم برفض طلب التضمينات . وظاهر أن هذا لا يستقيم إلا في صورة ما إذا لم يبد المدعى عليه نزاعاً في أصل الإلزام بهذه المالحقات ، فان نازع وجبت الإجابة على هذه المنازعة في الحكم بأسباب خاصة . فمن طلب الحكم بالإلزام خصمه بدين وبفوائد هذا الدين من يوم المطالبة الرسمية ، وقضت له المحكمة بالدين وبالفوائد من تاريخ الحكم ، ولم تسبب حكمها الخاص بالقوائد بأسباب خاصة ، يجوز له أن يطعن في الحكم بهذا الخلو من الأسباب . ومن حكم له بطلباته وألزم مع ذلك بمصاريف الدعوى يجب أن يبين له الحكم لم ألزم بالمصاريف ، وإلا كان باطلاً لخلوه من الأسباب ^(١) . وإذا حكم على مستأقنين بعدم قبول استئنافهم وبالزامهم بالمصاريف متضامنين ، بغير أن تبين المحكمة وجه إلزامهم بالتضامن ، اعتبر الحكم من هذه الناحية خالياً من الأسباب متعين النقض ^(٢) . والحكم الصادر بطلبات المدعى الأصلية ، إذا اشتمل على الأسباب الواقعية والقانونية التي اعتدلت عليها المحكمة في حسم جوهر النزاع ، لا يطعن عليه بخلوه من الأسباب إذا هو لم يجب بأسباب خاصة على ما قضى به ضمناً من رفض ما كان له من طلبات تابعة أو ملحقة أو احتياطية ^(٣) . والحكم الذي يقرر فيه القاضي بأن الاتفاق موضوع النزاع غير مشروع ومخالف للأداب ، ويذكر

(١) راجع ن . ف ٢٢ يولييه سنة ١٨١٦ وقد نوه عنه ربرتوار دالوز في فقرة ١٠٤٩ تحت كلمة « حكم » .

(٢) ن . ف ٥ يناير سنة ١٨٨١ (١٨١ - ١ - ١٢٩ و ١٣٣)

(٣) ع . ف ١٥ مايو سنة ١٨٧٦ (٧٦٥ - ١ - ٤٣٦)

الأسباب التي بنى عليها رأيه في هذا التقرير ، لا يعتبر خالياً من الأسباب إذا هو لم يجب بأسباب خاصة على طلب رد المدفوع بغير حق على مقتضى هذا الاتفاق^(١). والحكم الذي ذكر في أسبابه أن العقد المتنازع فيه لم يكن هبة وإنما كان في واقع الأمر اعترافاً بدين حقيق ، يعتبر مسبباً فيما قضى ضمناً برفض طلب اعتبار الهبة هبة مستورة^(٢). والحكم الذي ينص في أسبابه على أن المدعى عليه قد قبض ما طوّل برده على علم بأنه لا حق له في قبضه ، ويقضى في منطوقه بإلزامه بالرد مع الفوائد ، يعتبر أنه قد قضى عليه بهذه الفوائد لأنه كان سعيه النية^(٣). ولو ادعى الشفيع أن الثمن المبين بالعقد صوري وأنه قد أخش فيه وطلب تحقيق الصورية بالينة وندب خبير لتقدير الثمن ، ثم قررت المحكمة أن الثمن لم يكن صورياً للأسباب التي ذكرتها في الحكم وأنه ينبغي الأخذ بالثمن الوارد بالعقد ، وقضت في موضوع الشفعة ، كان حكمها متضمناً برفض طلب التحقيق وطلب ندب الخبير وأغنت أسبابه عن تسيب الحكم الضمني بأسباب خاصة في صدد هذين الطلبين . والحكم القصدي الصادر في دعوى تعويض أقيمت على مدعى عليهم ، أدخل بعضهم بعضاً آخر ضامناً له فيها وناقياً عن نفسه المسؤولية وملقياً بها على عاتق من أدخله ، يعتبر أنه قضى بينهم برفض طلب الضمان الذي وجهه بعضهم على بعض ، إذا هو قضى بإلزام كل منهم بقدر معين من التضمينات المطلوبة ، ويكفي في تسيبته أن يبين الحكم وجه مسئوليتهم جميعاً ونصيب كل منهم في المسؤولية . وقد تكنى الأسباب التي يبنى عليها الحكم في صدد طلب من طلبات المدعى أو من طلبات المدعى عليه لحل الحكم الضمني برفض دفاع خصمه أو دفاعه ، وبالعكس . فإذا ادعى للدعى عليه أن الحادث الذي أسند إليه التسبب فيه هو حادث قهري ، وحكمت المحكمة عليه بالضمان وبينت من ظروف الدعوى ما يدل

(١) ع . ف ١٧ مايوسنة ١٨٤١ (ربرتوار دالوز تحت كلمة « حكم » فقرة ١٠٥٢)

(٢) ع . ف ٢٥ يوليوسنة ١٨٧٦ (١٨٥ — ١ — ٢٣)

(٣) ع . ف ٥ أبريل سنة ١٨٨٠ (٨١٥ — ١ — ٣)

على مسئوليته عن هذا الحادث ، كفاها هذا التسبب عن النص بأن الحادث غير قهري وأن دفاع المدعى عليه فيه غير صحيح^(١) . وإذا قالت المحكمة في أمباب حكمها إن وضع اليد كان مستوفياً شرائطه القانونية ، تكون بذلك قد سببت حكمها الصادر ضمناً برفض ما دفع به المدعى عليه من أن وضع اليد لم يكن بنية التملك^(٢) . وبموجب المحكمة ، إذا قررت في حكمها أن الحق الذي احتفظ به البائع على العقار المبيع إنما هو حق ارتفاق عيني ، أن تسببه التسبب النقي عن طبيعة هذا الحق المتنازع فيه ، ليصلح لحل الحكم الضمني برفض الطلبات المتعلقة بأن الحق لا يصح التنازل عنه ولا تأجيله^(٣) .

ومما قضت به محكمة المصرية في ذلك حكمها الصادر في ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٢^(٤) الذي قررت به أن حسب محكمة الاستئناف ، إذا أصدرت حكمها بتأييد الحكم المستأنف وقضت ضمناً برفض طلب المستأنف وقف الدعوى لوفاة أحد المستأنف عليهم ، أن يتضح من بيانات الحكم أنها رفضت هذا الطلب لظهور حصول هذه الوفاة بعد إقفال باب المرافعة وتأجيل النطق بالحكم . ومنه حكمها الصادر في ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ الذي قضت به أنه إذا قدم دفع إلى محكمة الموضوع فلم تعرض له صراحة في حكمها ، ولكن كان يستفاد من بيانات هذا الحكم أن المحكمة قضت ضمناً برفضه ، فإنه لا يعاب على الحكم عدم تعرضه للفصل في الدفع . فإذا دفع مثلاً بسقوط حكم مرسى مزارد بمضى المدة ، ولم تتكلم المحكمة عن هذا الدفع صراحة ولكنها أفاضت في بيان أن الحكم مازال قائماً منتجاً أثره وأخذت بهذا النظر ، كان في ذلك الكفاية^(٥) .

(١) ن . ف ١٩ أغسطس سنة ١٨٧٢ (٧٢ د - ١ - ٣٩٧)

(٢) ع . ف ٣ يونيه سنة ١٨٦١ (٦١ د - ١ - ٣٣٧)

(٣) ع . ف ٦ يولييه سنة ١٨٧٤ (٧٥ د - ١ - ٣٧٢) وتعليقات دالوز على

المادة ١٤١ فقرة ١٩٢٠ إلى ١٩٦٥

(٤) المحاماة س ١٣ رقم ١٣٤ ص ٢٧٨ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٥٩ ص ٤٤

(٥) المحاماة س ١٣ رقم ٦٠ ص ١٥٢ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٥٢ ص ٣٨

وكذلك قد تكون أسباب الحكم الصادر في الدعوى الأصلية أسباباً للحكم الصادر في الدعوى الفرعية ، وبالعكس . فقد يطلب المستأنف إلغاء الحكم المستأنف ويطلب المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف وإلزام خصمه بأن يدفع له تعويضا على إجراءات المرافعة الكيدية التي سار فيها معه ، فإذا قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف وبالزام المستأنف بالتعويض وبينت سيرته في دعواه ، كفاها هذا البيان عن إيراد أسباب صريحة خاصة بتلك الدعوى الفرعية . وإذا أقام المدعى عليه في دعوى منع التعرض دعوى أخرى على المدعى طلب فيها الحكم بمنع تعرض المدعى الأصلي له هو ، وحكم بمنع تعرض هذا المدعى الأصلي وبني الحكم على أن المدعى عليه هو الذي يجب احترام يده ، كان الحكم حكما في الدعويتين وكانت أسبابه كافية فيهما كذلك^(١) .

١٩٤ — والأصل أن يكون كل حكم مستوفيا بذاته جميع أسبابه ، وألا تصح الإحالة في تسببه على ما جاء بورقة أخرى أو بحكم آخر^(٢) . لكن الفقه والقضاء الفرنسيين قد أجازا تسبب الحكم بالإحالة على أسباب حكم آخر سبق صدوره في الدعوى بين الخصوم أنفسهم^(٣) . ولا مانع عندنا من القول بجواز ذلك ، بشرط أن يشار إلى الحكم المحال عليه بما يحدده ويبين تاريخه وموضوعه وبشرط أن تكون أسبابه كافية وصحيحة ومنتهجة له وصالحة كذلك لإقامة الحكم الذي أحال عليه^(٤) . وقد قضى بكفاية أسباب حكم صدر ببطالان عقد بيع ادعى المشتري أنه قد غش فيه ، وكان كل ما جاء فيه أن وقائع الفش السابقة للشراء والمقارنة له كلها ثابتة في الدعوى من حكم محكمة الجنج الاستئنافية السابق

(١) ن . ف ١٨ أبريل سنة ١٨٩٣ (١٩٣د - ١ - ٣٥) والأحكام التي أشير إليها بتعليقات دالوز على المادة ١٤١ من فقرة ١٩٢٠ إلى ١٩٦٥ .

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ فقرة ٢٠٢٠ وما بعدها .

(٣) ن . ف ٢٩ يولييه سنة ١٨٩٧ (١٩٨د - ١ - ١٣٥) و ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٤ (١٩٠٤د - ١ - ٣٣١) و ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ (١٩٠٨د - ١ - ٤٠)

(٤) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ ابتداء من فقرة ٢٠٢٧

صدوره بين الخصوم أنفسهم في هذا الشأن^(١) .

كذلك يصح للقاضي أن يكتفي في تسبيب حكمه بإيراد النتائج التي يكون خبير الدعوى قد اعتمد عليها في تقريره^(٢) للقلم للمحكمة ، وإنما يكون عليه عندئذ أن يبين في الحكم أنه اتخذ أسباب التقرير أسباباً لحكمه ، وأن يكون الخبير قد سبب تقريره وأجاب على مزاعم الخصوم الميينة في مذكراتهم ، فإن لم يكن تقرير الخبير نفسه مسبباً على هذا النحو فإن الحكم يقع باطلاً لخلوه من الأسباب^(٣) .

وقد قالت في ذلك محكمة النقض المصرية : « إنه إذا كان الأصل أن يكون كل حكم مستوفياً بذاته جميع أسبابه ، إلا أنه لا مانع قانوناً بمنع المحكمة عند وضع حكمها من أن تعتمد فيه على الأسباب المدونة فيما يكون قد صدر من قبل بين الخصوم أنفسهم في ذات الدعوى من الأحكام ، وعلى الأسباب المدونة في تقارير الخبراء التي تكون قد قدمت بها . وهذا كله مشروط بشرط واحد هو أن تشير المحكمة إلى اعتمادها لتلك الأسباب وأخذها بها . إذ في هذه الحالة يصبح ما اعتمد عليه الحكم من تلك الأسباب المدونة في ورقته وفي ذلك الجزء المتسم له فيها الكفاية لتحقيق معنى التسبيب قانوناً . على أن مثل هذه الصورة لو عرضت فالطاعن في الحكم ملزم بأن يقدم لمحكمة النقض مع صورة الحكم نفسها صوراً رسمية من الأحكام وتقارير الخبراء التي يكون الحكم أشار إليها واعتمد على ما بها — يلزمه ذلك حتى تستطيع محكمة النقض أن تنظر في أحقيته في ظلامته وعدم أحقيته فيها »^(٤) .

(١) ن . ف ١٥ مارس سنة ١٨٣٦ منوه عنه في ربرتوار دالوز بفقرة ١٥٠٠ تحت

كلمة « بيع » .

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ اجراء من فقرة ٢٠٤٤

(٣) المرجع السابق من فقرة ٢٠٦٩ وفأى ص ١١٣

(٤) ن . م ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد ص ٢٦ رقم ١٠٣ ومع .

ص ٣٦ عدد ٦٦ من ١٦٧)

١٩٥ — وقد أجاز الفقه المصرى وقضاؤه ، كما أجاز الفقه الفرنسى وقضاؤه ، لقضاة محاكم الاستئناف — إذا أيدوا حكماً ابتدائياً — أن يستندوا إلى الأسباب التى بنى عليها الحكم المستأنف ، بشرط أن يذكروا صراحة أنهم أخذوا بتلك الأسباب . فإذا قالوا إن محكمة الدرجة الأولى قد أصابت الحق فى حكمها المستأنف أو أصابت الحق برفض دعوى المستأنف أو إن المستأنف لم يقدم سبباً صحيحاً يدعو لإلغاء الحكم المستأنف ، كفاهم ذلك فى اعتبار حكمهم مسبباً بنفس أسباب الحكم المستأنف^(١) . فإن لم يصرحوا بذلك واقتصر حكمهم على منطوقه اعتبر الحكم خالياً من الأسباب بغير شبهة^(٢) .

ولا تعتبر أسباب الحكم المستأنف كافية لاعتبار الحكم الاستئنافى المؤيد له مسبباً قانوناً إلا إذا كانت هذه الأسباب كافية لحل الحكم المستأنف ، ولم يكن الخصوم قد استندوا لدى محكمة الاستئناف إلى أوجه دفاع جديدة تخرج فى جوهرها عما قدموه أمام محكمة الدرجة الأولى . فان كان لهم من ذلك شئ ، وقدموه لهذه المحكمة تقديماً صحيحاً على ما سبق شرحه ، تعين عليها أن تجيب عليه صراحة أو ضمناً ، وإلا كان حكمها خالياً من الأسباب^(٣) . فالحكم الاستئنافى الذى يصدر بتأييد الحكم الابتدائى القاضى بإلزام المحكوم عليه بأن يدفع لخصمه مبلغاً من النقود وفوائده من تاريخ سند الدين يعتبر خالياً من الأسباب إذا لم يجب على ما طلبه الاستأنف احتياطياً من عدم الحكم عليه إلا بفوائد الخمس السنوات السابقة لرفع الدعوى^(٤) . وإذا نازع المستأنف أمام محكمة الاستئناف فى الدين

(١) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ من فقرة ٢٠٨١ لفاية ٢١٠٦

(٢) المرجع السابق من فقرة ٢١٠٧ — أما الأحكام الصادرة برفض المعارضة وتأيد الحكم النيابى ، فقضى رأى أنها تهم صحيحة ولو اقتصر منطوقها على التأيد وخلت هى من الأسباب (المرجع السابق من فقرة ٢١٢٤ إلى ٢١٢٩) وفى رأى أنها تهم باطله فقرة ٢١٣٠ و ٢١٣١

(٣) المرجع السابق من ٢١٨٠ إلى ٢١٩٦

(٤) ن . ف ١١ يولى سنة ١٨٥٣ (٥٣ د — ١ — ٢٨١) ون . ف

١٥ يونيه سنة ١٨٩٢ (٩٢ د — ٥ — ٤١)

الذى حكم عليه به بناء على عدم منازعته فيه ، وأيدت هذه المحكمة ذلك الحكم المستأنف أخذاً بأسبابه ، كان حكماً باطلاً لقصور أسبابه ^(١) . وكذلك يعتبر الحكم الاستثنائي خالياً من الأسباب ، على الرغم من أخذه في تأييد الحكم المستأنف بأسبابه ، إذا تمسك المستأنف بوضع اليد المدة الطويلة وطلب إحالة القضية على التحقيق لإثبات وضعية يده باليمنة ^(٢) . وإذا صدر الحكم المستأنف باعتبار مرتين النقول مالكا له وبمقاصة الرهن في ثمنه بقدر دينه ، وأبدى الرهن أمام محكمة الاستئناف أن الرهن تجارى لا يصح فيه توكيل المرتهن ببيع العين المرهونة من نفسه أو من الغير وأنه كان يجب على المرتهن أن يسعى في بيعها بالإجراءات المبينة بقانون التجارة ، وجب على محكمة الاستئناف إذا أيدت الحكم المستأنف أن تجيب على هذا الدفاع الجديد بأسباب خاصة ^(٣) . وقد حكمت محكمةنا المصرية بأنه إذا عرض المدعى على محكمة الدرجة الثانية طلباً جديداً قائماً على أساس تملكه للأرض المتنازع عليها بطريق الشراء ، ودلل على ذلك بمستندات قدمها لأول مرة لتلك المحكمة ، وثبت أن دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى كان قاصراً على التملك بوضع اليد المدة الطويلة ، كان الواجب على محكمة الاستئناف أن تنحصر الدعوى على أساس الطلب الجديد وأن تبين في حكمها رأيها في تقدير قيمة المستندات التي قدمها لها المدعى تأييداً لدعواه ، فإذا هي اقتصرت على تأييد الحكم المستأنف لأسبابه التي بنى عليها كان حكماً معيباً لقصوره عن تحقيق الفرض الذى ترى إليه المادة ١٠٣ من مرافعات وتمين نقضه ^(٤) . وقررت في حكم آخر أنه في دعوى التعويض عن تعطيل المستأجرين من الانتفاع بالأرض المؤجرة إذا دفع للمؤجر أمام محكمة الاستئناف بأن طالب التعويض قد أجر العين من باطنه

(١) ن . ف ٢٩ يولي ١٨٨٥ (٨٧ د — ٥ — ٢٠٢)

(٢) ن . ف ٣ ديسمبر سنة ١٨٣٥ (ربرتوار دالوز تحت كلمة حكم قرة ٩٨٨)

(٣) ن . ف ١٤ مارس سنة ١٨٧٠ (٨٧ د — ١ — ٢٢٢)

(٤) ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٠١ ص ٩٤)

إلى آخر وحصل على جزء من قيمة الايجار واستصدر حكماً بالباقي وقدم المؤجر الأوراق الدالة على ذلك ، فلا بد للمحكمة من أن تقول كلمتها في هذا الدفع وإلا كان حكمها باطلاً^(١).

على أنه إذا كان الطلب أو وجه الدفاع المقدم لمحكمة الاستئناف ليس إلا صورة جديدة لما كان أبدى أمام محكمة الدرجة الأولى ، وكان لا يخرج في جوهره عما بحثه الحكم المستأنف ، فإنه يجوز لمحكمة الاستئناف — إذا اعترمت تأييد الحكم المستأنف — أن تأخذ بأسبابه وتكتفى بها^(٢). وقد حكمت محكمة النقض المصرية بأنه إذا رأت محكمة الاستئناف — عند تأييدها الحكم المستأنف — أن الأسباب التي حمل عليها هذا الحكم وافية وصالحة لرفض طلبات المستأنف الاحتياطية المتعلقة بأدلة الثبوت والنفي السابق طلبها أمام محكمة الدرجة الأولى ، فلا تثير عليها إذا هي اكتفت بما جاء بالحكم المستأنف من أسباب^(٣).

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا رأت محكمة الاستئناف صحة الحكم المستأنف القاضي برفض طلب سماع البيئة على ما ادعى به مخالفاً لمستند مكتوب مقدم في الدعوى ، كان لها عند تأييده أن تأخذ بأسبابه بنيران أن تجيب بأسباب خاصة على ما طلب منها الحكم به من نذب خير في الدعوى لإجراء أعمال لا يختلف الفرض منها عن الفرض الذي كان يرى إليه طلب التحقيق بالبيئة^(٤).

لكن قضاة محكمة الاستئناف إذا عدلوا الحكم المستأنف أو ألغوه ، فإنه يجب عليهم إيراد أسباب الإلغاء أو التعديل الكافية . وقد قررت محكمتنا بأنه إذا حكم ابتدائياً بتزوير إمضاء موقع بها على ورقة عرفية وبرد هذه الورقة وبطلانها ، وكان هذا الحكم مؤسساً على رأى خبير الدعوى وعلى ما أجرته

(١) ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٢ ص ٧٨ والمهامه س ١٤ ق ١ رقم ١٥٠ ص ٣٥٩)

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ رقم ٢٣٠٣ و ٢٤٦٥

(٣) ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٢١ ص ١٢١)

(٤) ١٠ مايو سنة ١٨٤٢ النوه عنه في ربرتوار دالوز تحت كلمة « حكم »قرة ١٠٣٥

المحكمة بنفسها من مضاهاة ، ثم ألفت محكمة الاستئناف هذا الحكم بملة أنه اتضح لها أن هناك شكاً يلابس رأى الخبير بحيث لا يمكن القطع بوجود التزوير وتوفر دليله والجزم به ، ولم تتعرض مطلقاً لمناقشة رأى محكمة الدرجة الأولى من حيث المضاهاة ، كان حكم محكمة الاستئناف قاصر الأسباب وتعين نقضه^(١) . ولكنها قررت في حكم آخر أنه إذا ألفت محكمة الدرجة الثانية حكماً ابتدائياً ، فلا تكون ملزمة بالرد على جميع ما ورد في ذلك الحكم من الأدلة ، ما دامت الأسباب الواردة في حكمها كافية لتحقيق غرض القانون^(٢) .

٣ - عيب الحكم الناقص الأسباب

وعدم قيام الحكم على أساس قانوني

Défaut de base légale

١٩٦ - مرم قيام الحكم على أساس قانوني : لا نزاع في أن خلو الحكم من الأسباب هو عيب شكلي يقتضى لذاته بطلان الحكم . ولكن ماذا يكون عيب الحكم إذا كان مسبباً وكانت أسبابه مبهمه أو مجملة أو مشوشة أو مضطربة أو ناقصة أو متناقضة يمحو بعضها بعضاً ؟ هل يعتبر كذلك أنه خال من الأسباب ؟ .

قد بينا من قبل أن محكمة النقض الفرنسية كثيراً ما نقضت أحكاماً ناقصة الأسباب على اعتبار أنها خالية من الأسباب ، كما أنها كثيراً ما تأثرت بنص المادة السابعة من قانون ٢٧ أبريل سنة ١٨١٠ فنقضت هذه الأحكام لعدم قيامها على أساس قانوني .

(١) ١٥ يونيو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٢٧ من ١٣٥ ومج .

س ٣٤ رقم ١٨٦ من ٣٩٣)

(٢) ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ رقم ١٢٥ من ٢٨١ والقانون

والاقتصاد س ٣ رقم ٥٨ من ٤٣)

وهول الآن إنه كان من أثر أحكام النقض هذه أن اختلف الفقهاء ، هل يفرقون بين الصور التي ينبغي أن يكون سبب نقض الأحكام فيها هو عدم قيامها على أساس قانوني ، وبين الصور الأخر التي يحكم فيها بالبطلان لخلو الأحكام من الأسباب ، فرأى بعضهم أن يجمع الصور الأولى في فصل خاص يضعه تحت باب نقض الأحكام لمخالفتها للقانون^(١) ، ورأى آخرون ترك هذه الصور مع غيرها تحت باب نقض الأحكام لعيب شكلي فيها^(٢) .

١٩٧ — ويقول المستشار (فاى) : « إن استعمال عبارة (عدم قيام الحكم على أساس قانوني) هو استعمال طريف^(٣) ، وإن السبب في استعماله للدلالة على معنى ذلك العيب الخاص ببعض الأحكام المسببة تسيباً ناقصاً هو أن محكمة النقض — في سبيل التحقق من تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً — تقس في الواقع (قياس ميارة كما تعار بين المكياين لامتحان أحدها بالآخر) ما أثبتته الحكم المطعون فيه من وقائع الدعوى بما يكون قد أخذ به فيها من القواعد القانونية ، فإن انضج لها من هذا القياس أن بالحكم مخالفة ظاهرة للقانون أو خطأ في تطبيقه قضت الحكم على أساس ظهور هذه المخالفة . أما إذا ظهر أن أسباب الحكم لا تسمح لها بإجراء هذا القياس لقصورها عن إيراد العناصر الواقعية

(١) كريبون جزء ٣ فقرة ١٤٧ وفاى فقرة ١١٩ وما بعدها ، وتيسيه وموريل فقرة ٩٥٢

(٢) جارسونيه فقرة ٣٨٨ وهوامشها حيث لم يأت فيها ذكر لحالة الطعن المسببة « بعدم وجود أساس قانوني للحكم »

(٣) ويقول تيسيه وموريل (س ٤٧٩) إن محكمة النقض كانت تستعمل تعبيرات أخرى مثل قولها إن عبارات الحكم المطعون فيه لا تسمح لها بإجراء رقابتها ، أو لا تستطيع من معها معرفة ما إذا كان الحكم قد قضى بحاصل فهم الواقع في الدعوى أو على مقتضى تطبيق القانون على حاصل هذا الفهم ، أو أن الحكم ليس فيه ما يبرر تطبيق القانون على الوجه الذي طبقه الحكم في الدعوى (راجع ن . ف . ج ٢٢ مايو سنة ١٨١٢ (س ٨١٣ — ١ — ٦٨) ون . ف . ج ٢١ أغسطس سنة ١٨١٦ (س ٨١٦ — ١ — ٤٤٩) ون . ف . ج ٨ يناير سنة ١٨٤١ (س ٨٤٢ — ١ — ١٤٧) ومارقي س ٢٨٣ هامش ٣ و٢)

اللازمة لتبرير ما طبقه الحكم من القواعد القانونية ، فإنها تنقضه لعدم ظهور ما قام عليه الحكم من أساس قانوني يجب أن يقام عليه إقامة صحيحة »^(١) .

ثم يقول : « لكن محكمة النقض نفسها كثيراً ما فاتها ملاحظة الفرق بين هذين المييين : خلو الحكم من الأسباب ، وعدم قيامه على أساس قانوني ؛ وكثيراً ما بنت أحكامها الناقضة على خلو الحكم للمطعون فيه من الأسباب في الصور التي كان يجب أن يبنى النقض فيها على عدم قيام الحكم على أساس قانوني ، وبالعكس ، مع أن نشاطها يجب أن يختلف حقا في كل منهما عن الآخر ، لأن خلو الحكم من الأسباب هو عيب في شكل الحكم ، وعدم قيام الحكم على أساس قانوني هو عيب في صميم موضوع الحكم . ولهذا الفرق ينبغي لمحكمة النقض متى رأت نقض الحكم للمطعون فيه لخلوه من الأسباب ، أن تبين في حكمها ما الذي قصر قاضي الموضوع في الإجابة عنه بأسباب خاصة من طلبات الخصوم ووجوه دفاعهم ، وأن تقتصر على هذا البيان بغير أن تبدي رأيها القانوني فيما كان ينبغي أن يجاب به على هذا الطلب أو هذا الوجه من الدفاع الذي سكت الحكم عنه ، وأن تشير في حكمها إلى نص المادة السابعة من قانون أبريل سنة ١٨١٠ التي قد يصح الاعتماد عليها في التقرير ببطلان الحكم ونقضه . أما إذا رأت نقض الحكم على تقدير أنه لم يقم على أساس قانوني ، فإنه ينبغي لها أن تتعرض للسئلة القانونية التي قام عليها الحكم فتذكر ما الذي قصص الحكم من البيانات الضرورية المتعلقة بالشروط والأركان اللازمة قانوناً لتبرير وجهة الحكم في تطبيق القانون ، وأن تعتمد في حكمها على النص القانوني الذي لم يستطع الحكم تبرير تطبيقه في الدعوى »^(٢) .

(١) فائ ققرة ١١٩ ، وقول المستشار فراجيت في الطبعة الثانية لكتابه « فن القضاء » (ص ٣٣٦ هامش ١) إن الدائرة المدنية في أحكامها الحديثة أخذت تستعمل تعبيراً آخر هو أن المحكمة لم تبرر حكمها من ناحية القانون (Elle n'a pas légalement Justifié son décision)

(٢) فائ ققرة ١٢٠

١٩٨ — هكذا يقول المستشار فاي ، ثم يحاول جمع الصور التي يرى أن يكون سبب نقض الأحكام فيها هو عدم قيامها على أساس قانوني ، فلا يصل إلا إلى تقسيمها إلى مجاميع يذكرها ويمثل لكل منها فيقول ما محصله :

إن المجموعة الأولى تشمل الصور التي يدمج فيها قاضي الموضوع حاصل فهم الواقع في الدعوى بمحاصل فهم حكم القانون في هذا الواقع ، فلا تدرى بحكمة النقض مع هذا الإدماج هل حكم القاضي في الدعوى على حاصل فهم الواقع فيها ، أم على أساس تطبيق القانون على هذا الواقع . ومن أمثلتها ما يكون قد اكتفى فيه بمثل القول بأن فلاناً كان تاجراً حقاً ، بغير أن يبين لم كان تاجراً وم استخلص كونه تاجراً^(١) ؛ أو بأن فلاناً مسئول بالتعويض عن الحادث الذي تسبب به بغير بيان وجه مساءلته ، وما الذي تسبب به من إهمال أو تقصير ونحوهما^(٢) ؛ أو بأنه كان للوَجْر أن يستعمل حق امتياز به بالحجز على الحيوانات التي وجبت بالعين المؤجرة ، بغير أن يكون الحكم قد بحث فيها إذا كانت هذه الحيوانات قد ربطها الاستقلال بالعين المؤجرة وأتبعها بها^(٣) ؛ أو بأن الدين قد سقط بالتقادم عن الدين ولم يسقط عن الضامن ، بغير بيان لسبب هذه التفرقة^(٤) ؛ أو بأن ما كان من الخصمين ليس إلا يبعاً لا إجارة ، بغير تبيان^(٥) موجب ذلك .

والمجموعة الثانية تشمل الصور التي تكون فيها أسباب الأحكام قد بلغت الغاية من الإبهام والتعميم . ومن أمثلتها قول الحكم الصادر بإلزام المستأنف بالتعويض الذي طلب المستأنف عليه إلزامه به عن إجراءاته الكيدية « إن

(١) ن . ف ٢٧ يولييه سنة ١٨٩١ (٩١ د — ١ — ١٦٠) و ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ (س ٩٠٠ — ١ — ١٦)

(٢) ن . ف ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ (٩٠ د — ١ — ٢٤١) و ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ (دالوز الأسبوعية ١٩٢٦ رقم ٤)

(٣) ن . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ ذكر في (فاي) س ١٣٥ هامش ٣

(٤) المرجع السابق

(٥) المرجع السابق .

المستأنف كان متهوراً في استئنائه أو أن استئنائه كان إجراءً كيدياً»^(١) .
والجموعة الثالثة تشمل الصور التي تكون فيها أسباب الحكم قد عنيت
بذكر بعض العناصر الواقعية وسكنت عن إيراد ما نزل منها منزلة الشرط
الضروري لتبرير تكليف فهم الواقع في الدعوى بما كيف به من أحكام القانون
ثم تطبيق حكم القانون على حاصل هذا التكليف . ومن أمثلتها أن يقول الحكم
إن الثابت من ظروف الدعوى أن هناك يبعاً تم الاتفاق فيه على المبيع ، ثم يسكت
عن الاتفاق على الثمن ؛ أو أن فلاناً مسئول لخصمه بالتعويض عن ذلك الحادث
الضار الذي تسبب فيه ، بغير أن يبين أن الضرر الحاصل قد ترتب على الحادث
الضار ترتب المسبب على سببه^(٢) ؛ أو أن يقول في معرض الأخذ بالدليل المستفاد
من دفاتر التاجر إن الأمر القلاني ثابت من هذه الدفاتر ، بغير أن يبين صفة
الخصم الذي تراد محاجته بهذا الدليل طبقاً للمادة ١٢ من قانون التجارة (المقابلة
للمادة ١٧ من قانوننا)^(٣) .

والجموعة الرابعة تشمل الصور التي تكون فيها أسباب الحكم قاصرة عن
بيان واقعة ما البيان الكافي لتحديدتها وتمكين محكمة النقض من إجراء الرقابة
على ماطبقه الحكم عليها من القواعد القانونية ، أو تكون أسباب الحكم قد سكتت
عن الإجابة على زعم موضوعي هام *une allégation de fait* إذا صح تغير له
وجه الرأي في الحكم^(٤) . ومن أمثلة النوع الأول أن يقرر الحكم بصدد اتفاق
مكتوب مقدم في الدعوى أنه قد اتفق على تغييره بآخر ، بغير أن يقال إن هذا
الاتفاق الثاني كان هو كذلك بالكتابة ؛ أو أن الحكم القلاني قد نفذ في ميعاد الثمانية

(١) فائى ص ١٣٦ (B) و هامش ٤

(٢) ن . ف ١٤ مارس سنة ١٨٩٢ (د ٩٢ د — ١ — ٣٤٣)

(٣) فائى ص ١٣٦ (C) و هامش ٥

(٤) ويقول فائى إن في هذه الصور كثيراً ما يخفى الفرق بين مطلق الزعم الذي لا يجاب
عليه في الحكم ووجه الدفاع الذي تنبئ الإجابة عليه ، ولهذا يقع الخلط بين هذين الحكمين لخلوه
من الأسباب أو نقضه لعدم قيامه على أساس صحيح (ص ١٣٧ (D) و هامش ٦)

الأيام التي كان ينبغي فيها رفع دعوى مخاصمة الوكيل (l'action en désaveu) بغير أن يبين الحكم ما الذي تم من أعمال هذا التنفيذ الذي أشير إليه ؛ وكأن يقول الحكم إن فلاناً المزارع قد اشترى بعض المحاصيل من السوق ثم باعه مع محاصيله وإنه لا يمكن اعتبار بيع هذه المحصولات جميعها عملاً تجارياً ، بغير أن يبين الباعث الذي حمل هذا المزارع على شراء ما اشتراه من السوق ، ولا أن كمية ما اشتراه كانت لا تذكر بجانب ما نتج له من زراعته . ومن أمثلة النوع الثاني أخذ الحكم بالقاعدة العامة القاضية بأن البضائع القائمة بمخازن الجمر لا تعتبر أنها قد سلمت لأصحابها ، بغير أن يجيب على الوقائع التي حصل التمسك بها الدالة على وقوع التسليم والتسلم ؛ ومنها نفى الحكم للحادث القهري المدعى به سبباً لتبرير تأخير إرسال البضاعة ، بقوله إن التأخير لم يكن سببه حادثاً قهرياً وإنما كانت علته نقصاً في الأدوات (l'insuffisance du matériel) بغير بحث تلك الظروف الخاصة التي استند إليها لإثبات قيام الحادث القهري^(١) .

والمجموعة الخامسة تشمل الصور التي يقوم فيها الحكم على سبب عقيم غير منتج ويبقى المسألة التي هي جوهر النزاع في الدعوى غير محلولة ، وذلك إما لأن القاضي أساء فهم هذه المسألة فأجاب عليها بما لا يناسبها وينصب عليها ، أو لأنه قدر خطأ أن حلها أصبح عديم الفائدة في الدعوى بعد أن قام بحل نقطة أخرى رأى أنها هي الأولى بحلها من أطراف الحكم . ومن أمثلتها أن يقول القاضي في صدد حل النزاع القائم بين طرفي الخصومة على صحة عقد متنازع فيه بينهما ، أن لا فائدة من بحث صحة هذا العقد لإمكان اعتبار الدعوى من قبيل دعاوى الإثراء بلا سبب ، بغير أن يبين الحكم ما يبرر هذا النظر قانوناً ؛ أو أن يقول في حكمه الصادر بإبطال حجز دائن على ما تزوجة مدينه من مال خصص لها في توزيع بحسب درجات الدائنين : إن الحاجز لم يكن إلا دائماً للزوج فقط ، مع أنه كان يدعى

أن ما حجزه هو من أموال روكية الزوجية ؛ أو أن يقول في الحكم الصادر برفض الدعوى التي رفضها الراسى عليه المزاد طالباً بها إبطال عقد إجارة عقده المدين أثناء إجراءات البيع الجبرى « إن المدعى الراسى عليه المزاد كان يعلم بهذه الاجارة » مع أن دعوى البطلان المرفوعة كانت مبنية على أن الاجارة صورية ، ولا يهم في قبول هذه الدعوى أن يكون مدعيها عالماً بحصول الاجارة أو غير عالم^(١) .

أما الأستاذ (موريل) فقد اكتفى في الطبعة الثالثة لكتاب جلاسون وتيسيه بإيراد بعض هذه الصور على سبيل المثال^(٢) و^(٣) .

١٩٩ — وأنت إذا تأملت هذه الصور التي جمعها المستشار (فاى) وقسمها إلى مجاميع وذكر لكل مجموعة منها أمثلة عدة ، ثم تلك الأمثال التي أوردتها موريل ، لرأيت أن المعنى الجامع فيها هو في الواقع قصور الحكم عن إيراد ما ثبت من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها إراداً وإفياً يمكن محكمة النقض من التحقق من أن القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً . وإذا لاحظت أن سبيل هذه الرقابة هو في تناول ما ثبت بالحكم من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، ومقابلة ذلك بما طبقه الحكم عليها من القواعد القانونية ، تبين لك أن الذى يعجز محكمة النقض عن القيام بهذه الرقابة ليس هو قصور الحكم عن إيراد الأسباب القانونية *les motifs de droit* اللازمة الكافية ، ولا الخطأ في بعض هذه الأسباب ، إذ المحكمة تستطيع — متى رأت الحكم صحيح النتيجة قانوناً وأن القاعدة التي أخذ بها في الحكم هي التي تطبق على الوقائع الثابتة — أن تستكمل الأسباب القانونية اللازمة وتستدرك ما وجدته في بعض الأسباب من الأخطاء القانونية^(٤) . ليس هذا بعميزها ،

(١) فاى ص ١٣٨ (E) وهامش ٧

(٢) تيسيه وموريل فقرة ٩٥٢ ص ٤٧٩ و ٤٨٠ و ٤٨١ وهوامشها

(٣) وقد اعتبر المستشار فراجيت ، في كتابه فن القضاء ، هذه الميوب عمرة (راجع ص ٣٣٦ و ٣٣٧ و ٣٣٨) وانظر في الثلاثة الميوب الأخيرة التي ما كان يصح عدّها في حالة الطعن بعدم قيام الحكم على أساس قانونى بالمعنى السابق ذكره .

(٤) فقد قدمنا أن الطعن في الحكم بمخالفة القانون أو بالخطأ في تطبيقه أو في تأويله =

وإنما الذى يعجزها عن القيام بحقها من الرقابة إنما هو قصور الأسباب الواقعية les motifs de fait عن إيراد وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ووجوه نزاع الأخصام وطلباتهم ، الإيراد الوافى ، بحيث تصبح غير قادرة على التحقق من معرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية التى طبقت فى الدعوى هى التى تنطبق عليها أم لا .

متى صح ذلك — ولا شك عندنا فى صحته — فالرأى عندنا أن الطعن فى الحكم بعدم قيامه على أساس قانونى ، إذ كان لا يقوم فى الواقع على مخالفة معينة منضبطة يمكن إدراك وقوعها والعلم بها من الحكم نفسه وبناء النقض على أساسها ، بل يقوم على احتمال وقوعها وعجز محكمة النقض عن ضبطها والقول بوقوعها على جهة اليقين — فهذا الطعن ، وهذا هو جرمه ، لا يمكن إدراجه تحت حالة الطعن بمخالفة القانون ، بل الأشكل به إدخاله تحت حالة الطعن ببطالان الحكم لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يكون قد بنى عليها . لكن الضرورة هى التى ألجأت محكمة النقض إلى اصطناع هذا النوع من التعبير « عدم قيام الحكم على أساس قانونى » لتصل به إلى مداخلها على تسييب الأحكام تسييباً وافياً وإبطال الأحكام المسببة تسييباً ناقصاً خلا بمقصود الشارع من إيجاب تسييبها على الوجه المرضى .

— لا يجدى إلا إذا كان الحكم ذاته قد بنى على هذا الخطأ أو تلك المخالفة ، بحيث يظهر من مقابلة ما أثبتته الحكم من حاصل فهم الواقع ، بالقضاء الوارد فيه على حاصل ذلك الفهم ، أن هذا القضاء قد وقع مخالفاً لحكم القانون ، ولا فالحكم يكون صحيحاً ، بصرف النظر عما يحتويه من الأسباب القانونية . وذكرنا أن هذه القاعدة هى التى جرى التعبير عنها بأن الخطأ يجب أن يقع فى منطوق الحكم دون أسبابه . ثم فرعنا على هذا الأصل : (أولاً) أن ذكر أى اعتبار خاطئ فى أسباب الحكم لا يفسده إذا كان غير مؤثر فيه (ثانياً) أن خطأ القانون الواقع فى بعض أسباب الحكم لا يقتضى نقضه إذا استقام الحكم على باقى الأسباب المبنية به (ثالثاً) أن لمحكمة النقض — متى تبينت صحة ما قضى به الحكم — أن تستبدل بأسبابه القانونية الخاطئة أسباباً صحيحة تعتمد عليها فى إبرامه (رابعاً) أن مناقضة بعض أسباب الحكم القانونية لبعض لا تقتضى إبطالها بقضه ، فمحكمة النقض أن تقيم الحكم على ما صح من أسبابه وتطرح الأسباب الأخرى .

وأنت إذا أعدت النظر في أحكام محكمة النقض المصرية التي استشهدنا بها في هذا الفصل رأيت أنها — بعد أن قررت في حكمها المؤرخ في ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ أن قصور أسباب الحكم المطعون فيه بما يعجزها عن التقرير بنى ما ادعى به من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله يوجب نقض الحكم لخلوه من الأسباب أو لعدم قيامه على أساس قانوني صحيح ، بغير ترجيح بين الأمرين — قد استقر قضاؤها بعد ذلك ^(١) ، على اعتبار أن قصور الأسباب بمثابة الخلو منها طبقاً لنص المادة ١٠٣ (مرافعات) ^(٢) .

٢٠٠ — وما كنا لننخل بدراسة هذا النوع من الطعن دراسة نظرية نَحَقِّق فيها ما إذا كان ينبغي إدراجه تحت حالة الطعن بمخالفة الحكم للقانون أو تحت حالة الطعن بوقوع البطلان فيه ، لو أن الفائدة من هذه الدراسة كانت نظرية صرفاً ، كما هي في قه القانون الفرنسي حيث يجوز الطعن في جميع الأحكام بمخالفتها للقانون أو ببطلانها المترتب على خلوها من الأسباب . وإنما خُلتنا بهذه الدراسة لما للأخذ في مصر بأى هذين الاعتبارين دون الآخر من أثر في قبول الطعن وعدم قبوله . ذلك لأن الأحكام التي يجوز الطعن فيها بمخالفة القانون أو بالبطلان ، إنما هي أحكام محاكم الاستئناف ، أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة استئنافية في قضايا وضع اليد وفي مسائل الاختصاص فلا يجوز الطعن فيها إلا بمخالفة القانون أو بالخطأ في تطبيقه أو في تأويله على ما سبق شرحه . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، لأن الحكم المطعون فيه إذا نقض لبطلان جوهرى وقع فيه فإن محكمة النقض ينبغي لها أن تحيل القضية إلى

(١) قارن الأحكام الصادرة في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ و ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ و ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد س ٤ رقم ١٦٥ و ٢٥٥ والمطامير س ١٥ ق ١ رقم ٥٧ ، ٩١ ، ١٢٣)

(٢) وهذا هو الذى استقر عليه الفقه والقضاء البلجيكيان (سيويه ص ٢٦١ وهامش رقم ٦ ، ون . ب ١١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (الباسكرى ١٩٣٢ — ١ — ١١) .

المحكمة التي أصدرت الحكم المظنون فيه لتحكم فيها دائرة أخرى من جديد ، بخلاف ما إذا كان قض الحكم لمخالفته للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله فإنه يجوز لمحكمة النقض أن تحكم في الدعوى برمتها متى كانت صالحة للحكم .

ما يترتب على بطلان الحكم لخلوه من الأسباب

٢٠١ - ويترتب على اعتبار قصور الأسباب الواقعية في الحكم أو قصها فيه ، عيباً شكلياً يقتضى لذاته بطلان الحكم وقضه ، ما يأتي :

أولاً - أن يكون للطعن بخلو الحكم من الأسباب الواقعية - لدى بحث محكمة النقض - الصدارة على وجوه الطعن الأخرى المتعلقة بمخالفة القانون أو بالخطأ في تطبيقه أو في تأويله .

ثانياً - أنه متى صح الطعن فإن النقض به يكون كلياً أو جزئياً ، بحسب ما إذا كان عيباً شاملاً للحكم أو قاصراً على جزء منه ^(١) .

ثالثاً - وألا يكون لمحكمة النقض ملء هذا الخلو بالأسباب الموضوعية ، إبراماً للحكم المظنون فيه .

رابعاً - ألا ينبغى لمحكمة النقض - متى رأت قض الحكم لخلوه من الأسباب - أن تحاول حل المسألة القانونية التي يكون قد أخذ بها الحكم ، فإن تعرضت لها فلا يكون رأيها واجب الاتباع على محكمة الإحالة إذ يكون صنيهما فيه من قبيل الصد عن الاجتهاد في القانون وإغلاق باب على المحاكم .

وهذه النتائج تكاد تكون بديهية لا تحتاج لشرح .

(١) ن . م . م ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ وقاعدته : إذا قضت المحكمة حكماً في بعض أجزائه لخلوه من الأسباب فإنها ترفض بغير بحث وجوه الطعن الأخرى المبينة على مخالفة القانون المنسبة على هذا الجزء اكتماء بتقضه للسبب الأول (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٥/٢)

الفرع الثانى

فى وقوع بطلان فى الإجراءات مؤثر فى الحكم

٢٠٢ — بطلان أى إجراء هو اعتباره فى حكم المدم بحيث لا يترتب عليه ما يترتب على الإجراء الصحيح من الآثار المتبصرة قانوناً ، وهو جزاء يرتبه القانون على الإخلال بما أوجب مراعاته من قواعد تحرير أوراق المرافعات وإعلانها وقواعد السير فى الدعوى فى مراحلها المختلفة . وبطلان الإجراءات نوعان : نوع هو من النظام العام كالبطلان المترتب على إعلان الورقة على يد موظف غير مختص أو على حصول المرافعة بجلسة غير علنية فى غير الأحوال التى يجوز فيها للمحكمة جعل الجلسة سرية ؛ ونوع آخر لا يتعلق به غير مصلحة الخصوم كالبطلان المترتب على قصور ورقة الاعلان عن بعض بياناتها الجوهرية أو على مخالفة التحقيق أو أعمال أهل الخبرة لأحكام القانون . والقاعدة العامة فى البطلان التعلق بمصلحة الخصوم أنه لا يصح التمسك به إلا من ذى الحق فيه ، وأنه يزول بتنازل صاحبه عن التمسك به أو بمحضوره أو برده على الإجراء الباطل بما يفيد اعتباره صحيحاً (المادتان ١٣٨ و ١٣٩ من قانون المرافعات) ، أما إذا كان البطلان من النظام العام فانه يصح لكلا الخصمين أن يدفع به فى أية حالة تكون عليها الدعوى لحين صدور الحكم الاتمائى فيها ، والمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ، ولا يزول برضاء الخصم صراحة أو ضمناً ولا بمواجهة الموضوع .

٢٠٣ — وعلى الرغم من عدم اشتمال القانون المصرى على قواعد عامة يمكن الرجوع إليها لمعرفة ما إذا كانت مخالفة القانون فى أى إجراء من الإجراءات يترتب عليها بطلان ما أو لا يترتب ، وما نوع ما يترتب من البطلان هل هو من النظام العام أو ليس منه ، فإن المتفق عليه صحتها وقضاء هو التمييز بين الإجراءات

الجمهورية وغير الجمهورية وترتيب البطلان على النقص أو الخطأ في الأولى سواء أورد بالبطلان نص أم لم يرد ، وعدم ترتيب البطلان في الثانية إلا إذا ورد به نص صريح يقتضيه .

٢٠٤ — وتنص المادة التاسعة من قانون محكمة النقض على جواز الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا وقع بطلان في إجراءات الدعوى وكان من شأنه التأثير في الحكم الذي صدر فيها واعتباره باطلاً بالتبعية . أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية في قضايا وضع اليد أو في مسائل الاختصاص النوعي أو المتعلقة بوظائف جهات القضاء الأهلي ، فلا يجوز الطعن فيها بوقوع بطلان في الإجراءات (المادة ١٠ من القانون) .

ولما كان بطلان الإجراءات قلما يتعلق بالنظام العام ، وكان من الواجب الدفع بالبطلان غير المتعلق بالنظام العام أمام محكمة الموضوع في الوقت المناسب وإلا سقط الحق فيه وامتنع إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، وكذلك لما كان الغالب أن يتمسك صاحب الحق في البطلان بحقه أمام محكمة الموضوع فتقضى هي فيه برفض الدفع به أو بقبوله ، ثم يطعن في قضائها هذا أمام محكمة النقض ، فمن الحق أن تتساءل عما يمكن أن يعاب به هذا الحكم عند التصدي لتخطئته : أيكون عيبه هو مخالفة القانون (أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله) أم يكون عيبه هو بطلان في الإجراءات قد أثر في الحكم فصييره باطلاً بالتبعية ؟ ولهذا التساؤل أهميته ، إذ لو كان عيب الحكم هو مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله فإن الطعن فيه بالنقض على أساس هذه المخالفة يكون جائزاً أو مقبولاً ، وإن كان الحكم صادراً من محكمة ابتدائية في استئناف مرفوع إليها في قضية من قضايا وضع اليد أو في مسألة من مسائل الاختصاص النوعي أو المتعلقة بوظائف القضاء الأهلي ، ثم يجوز بناء على ذلك لمحكمة النقض — إذا قضت بقبول الطعن — أن تتصدى لموضوع الدعوى فتحكم فيه ؛ أما إذا كان عيب الحكم

هو وقوع البطلان في الإجراءات السابقة فلا يقبل الطعن إلا إذا كان الحكم صادرا من إحدى محاكم الاستئناف ، ثم لا تملك محكمة النقض — إذا هي قضت بنقضه — أن تتصدى لموضوع الدعوى بل يكون عليها أن تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للطعون فيه .

٢٠٥ — ينبغي لنا في الإجابة على هذا السؤال أن نفرق بين ما إذا كانت محكمة الموضوع قد حكمت بقبول الدفع بالبطلان وكان الطاعن في الحكم هو مدعى صحة الإجراء ، وبين ما إذا كانت قد حكمت برفض الدفع وكان الطاعن هو من تمسك بالبطلان على خصمه .

ففي الحالة الأولى — كما إذا دفع أمام محكمة الموضوع ببطلان أحد إجراءات الخصومة القائمة أمامها مثل إعلان صحيفة الاستئناف أو التحقيق بالبينة أو أعمال أهل الخبرة ، أو بأن محكمة الاستئناف قد أخلت بحق الدفاع أو بعلنية المرافعة ، وقضت المحكمة خطأ بقبول الدفع — يكون وجه الطعن في الحكم ، ممن يدعى صحة الإجراءات ، هو لا محالة مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، إذ لا يتصور غير ذلك .

أما في الحالة الثانية — حالة ما إذا قضت محكمة الموضوع خطأ برفض الدفع بالبطلان في مثل الصور المتقدمة وكان الطاعن هو صاحب الدفع — فإن القول بأن وجه الطعن يكون حينئذ هو مخالفة القانون أو وقوع البطلان في الإجراءات يصبح هو محل النظر والاجتهاد .

لا يهيننا كثيراً فقه القانون الفرنسي في هذا البحث ، لأن الأحكام التي يجوز الطعن فيها عندهم لمخالفة القانون هي ذات الأحكام التي يجوز الطعن فيها لميب في الإجراءات ، ولأن سلطة محكمة النقض لا تختلف في الحالتين إذ المتعين عليها فيهما هو إحالة الدعوى إلى محكمة موضوع أخرى لتفصل فيها من جديد . وكل ما بحثه الفقه الفرنسي هو متى يكون بطلان الإجراءات (ويدخل فيه

بطلان الحكم ذاته) سبباً للطعن في الحكم بطريق النقض بمقتضى المادة ٣ من قانون ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ متى يكون سبباً للتظلم منه بالتماس إعادة النظر عملاً بالمادة ٤٨٠ من قانون المرافعات. وقد بينا في صدر هذا الفصل آراء فقهاءهم في هذا الموضوع ، وأن أرجح هذه الآراء أن وسيلة الطعن — فيما عدا الصور الأربع المنصوص عليها في المادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ — هي النقض أو التماس إعادة النظر ، بحسب ما إذا كانت المحكمة قد أخطأت عمداً في القيام بالإجراء على وجه القانوني أو في الحكم كذلك بصحة الإجراء الباطل ، أم كان الخطأ في الإجراء أو للمهل فيه هو الخصر نفسه ، ولم يتسك بالبطلان ذو الحق فيه ؛ كما بينا أنه يجب رفع الأمر لمحكمة النقض إذا كان صاحب الحق في البطلان قد تمسك به وحكت محكمة الموضوع برفض دفعه . وإذن فينبغي لنا أن نهتدى في بحثنا هذا بالفرض الذي توخاه الشارع المصري في التفرقة بين حالات الطعن الثلاث وهي : مخالفة القانون ، وبطلان الحكم ، وبطلان الإجراءات المؤثر في الحكم ؛ حين لم يميز بالمادة ١٠ (من قانون محكمة النقض) الطعن في أحكام المحاكم الابتدائية الصادرة في قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية في قضايا وضع اليد وفي مسائل الاختصاص النوعي والاختصاص المتعلق بوظائف المحاكم الأهلية ، إذا بنى الطعن على وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات السابقة ؛ وحين منع محكمة النقض بنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ من هذا القانون من طلب الدعوى والحكم في موضوعها إذا كان سبب النقض هو وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات .

ونحن إذا بحثنا عن علة منع الطعن في أحكام المحاكم الابتدائية المتقدمة الذكر في غير حالة مخالفة القانون (بمنهاها الخاص) تبين لنا أن الشارع لم يميز الطعن في هذه الأحكام على سبيل الاستثناء إلا لأهمية قضايا وضع اليد ولما تثيره من النقطة القانونية الدقيقة ، ولما في تقرير الاختصاص لمحكمة

التنقض في جميع المسائل المتعلقة باختصاص القضاء الأهل في جميع جهاته من المصلحة للكبرى^(١). وإذن فالمرجع لم يمين بنير الإشراف على تطبيق القواعد القانونية الخاصة بطولوى وضع اليد وقواعد الاختصاص ذاتها توحيداً للقضاء فيها ؛ وأما ما يقع في هذه القضايا من أسباب البطلان في الإجراءات أو في الحكم ذاته فإنه مما يمرض أمثاله لأحكام محاكم الاستئناف ويصل أمره لمحكمة النقض فتضع فيه هذه المحكمة العليا القواعد الصحيحة التي تهتدى بها جميع المحاكم على اختلاف درجاتها في جميع القضايا على اختلاف أنواعها^(٢).

أما علة منع محكمة النقض من طلب الدعوى والحكم في موضوعها في غير حالة مخالفة القانون (بمناهاها الخاص) فهي أن الحكم في موضوع الدعوى يقتضى تطبيق القانون على الوقائع الثابتة في الحكم الملمون فيه ، ولا يتصور إمكان هذا التطبيق إذا كان الحكم مشوباً بيبب جوهرى أو كانت إجراءات تحقيق الدعوى السابقة لصدوره باطلة بطلاناً مؤثراً فيه .

فيبين مما تقدم أن التصود يبطلان الإجراءات ، في شأن ما لا يجوز الطعن فيه من الأحكام في قضايا وضع اليد وفي مسائل الاختصاص ، هو ما يتعلق بإجراءات الخصومة ولا يتصل بموضوع قواعد الاختصاص أو القواعد القانونية الخاصة بدعاوى وضع اليد ؛ وأن التصود يبطلان الإجراءات ، فيما يتعلق بالأحوال التي لا يجوز فيها لمحكمة النقض التصدى لموضوع الدعوى ، هو كل ما يمنع من اعتبار حكم محكمة الموضوع والتحقيقات السابقة له مصدراً صحيحاً تستخلص منه محكمة النقض فضلاً صحيحاً لواقع في الدعوى يمكنها أن تكيفه ثم تطبق حكم القانون عليه تكييفاً وتطبيقاً صحيحين .

وإذن فكلاً ادعى الطاعن وقوع عيب جوهرى يستتبع البطلان في أى

(١) راجع المذكرة الإيضاحية من ٢٢ و ٢٣

(٢) راجع في نقد هذا التطبيق فقرة ٢١٧ من هذا الكتاب .

إجراء من إجراءات الخصومة ؛ سواء أُدفع بهذا البطلان أمام محكمة الموضوع وقضت بصحة الإجراء ، أم لم يدفع به ولم يقط — مع ذلك — حقه في التمييز به لصدور الحكم عليه في غيبته أو لتعلق البطلان بالنظام العام ، فإن عيب الحكم يكون هو بطلان الإجراءات ^(١) .

وعلى ذلك فإذا دفع ببطلان محضر التحقيق بالبيئة مثلاً ، في قضية من قضايا وضع اليد وحكم برفض الدفع ، فإنه لا يكون لصاحب الدفع أن يطعن لدى محكمة النقض في حكم المحكمة الاستئنافية ببطلان هذا المحضر ، ولو كان باطلاً في واقع الأمر ، وكان يؤثر بطلانه في الحكم الصادر في موضوع الدعوى ؛ ولكن إذا كان الحكم قد صدر بقبول الدفع وببطلان الإجراءات فإنه يجوز تخصيصه أن يطعن فيه بمخالفة القانون ، ويجوز لمحكمة النقض في هذه الصورة أن تقضى في موضوع الدعوى إذا هي قضت الحكم وكانت الدعوى صالحة للحكم .

الفصل الثالث

في الطعن بمخالفة حكم سابق

٢٠٦ - في القانون الفرنسي : نصت المادة ٣٤ من الباب الخامس والثلاثين من الأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٦٧ على جواز الطعن في الحكم بطريق الاستئناف إذا خالف حكم آخر له قوة الشيء المحكوم به ، متى كان الحكم صادراً من محكمة واحدة ؛ ونصت على جواز الطعن فيه بطريق النقض للطعن

(١) وهنا هو الرأي الذي ذهبنا إليه في مقالنا « محكمة النقض والبرام المصرية » (مجلة القانون والاقتصاد ج ٤ ص ٤٨٧ — ٤٩٠)

الأعلى (الذى حلت محل محكمة النقض) إذا كان الحكمان صادرين من محكمتين مختلفتين. ثم نص بعد ذلك في المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات على أن مخالفة الحكيمين الاتهائين الصادرين من محكمة واحدة أحدهما للآخر تكون سبباً من أسباب التماس إعادة النظر، ونص في المادة ٥٠٤ على أن مخالفة الحكيمين الاتهائين الصادرين من محكمتين مختلفتين أحدهما للآخر تكون سبباً من أسباب الطعن بطريق النقض.

ولقد تساءل الفقهاء الفرنسيون عن المناط في تقديم الطعن لمحكمة التماس أو تقديمه لمحكمة النقض، أهو كون الحكيمين صادرين من محكمة واحدة أم من محكمتين مختلفتين، كما هو الظاهر من نص المادتين ٤٨٠ و٥٤٠ من قانون المرافعات؟ فرأى تيسيه ومن تابعه أن المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات واضحة النص وأن الشارع لا بد أن يكون قد قصد بها صورة الدعوى التى لا يستطيع الطعن فى الحكم الصادر فيها بمخالفته لنص المادة ١٣٥١ لعدم التمسك بمحجية الحكم الأول المانعة من قبول الدعوى الثانية، فجعل مجرد المناقضة بين الحكيمين الصادرين من محكمتين مختلفتين سبباً من أسباب الطعن أمام محكمة النقض، قائماً بذاته وامتيازاً فى حقيقته عن سبب الطعن المبني على مخالفة الحكم الثانى لنص المادة ١٣٥١؛ ولذلك لم يشترط لقبول الطعن بالمناقضة سبق التمسك أمام محكمة الموضوع بمحجية الحكم الأول، كما اشترط ذلك لقبول الطعن المبني على مخالفة نص المادة ١٣٥١.

وذهب الكثيرون إلى أن المناط يجب أن يكون هو سبق التمسك بمحجية الحكم الأول (أى الدفع فى الخصومة المنتهية بالحكم الثانى بسبق الفصل فى الدعوى) أو عدم التمسك به؛ فتكون مخالفة الحكيمين أحدهما للآخر سبباً من أسباب النقض ولو كانا صادرين من محكمة واحدة، متى كان قد دفع بهذه المحجية أثناء نظر الدعوى الثانية ورفضت المحكمة هذا الدفع، وإلا فلا تكون المخالفة

سبباً من أسباب النقض ولو كان الحكمان صادرين من محكمتين مختلفتين ؛ وأما الطعن بالاتماس فلا يكون إلا عند صدور الحكمين من محكمة واحدة مع عدم التمسك أمامها بمجعية الحكم الأول . واحتجوا بأن الطعن في حكم لخالفته لحكم سابق يشبه الطعن فيه لخالفته لنص المادة ١٣٥١ من القانون المدني (المقررة لمحجية الأحكام) إن لم يكن هو هو بعينه ، وبأن قضاء محكمة النقض قد استقر على عدم اعتبار حجية الأحكام من النظام العام ، وعلى رفض كل طعن يبنى على مخالفة الحكم لنص المادة ١٣٥١ من القانون المدني متى لم يكن قد دفع بمجعية الحكم السابق له أمام محكمة الموضوع ، وذلك لجدة سبب الطعن ^(١) . قالوا ولو أخذ بظاهر نص المادة ٥٠٤ وأجيز الطعن أمام محكمة النقض بالتناقض — ولو لم يكن قد دفع أمام محكمة الموضوع بمجعية الحكم السابق صدوره في النزاع — لاستطاع من فاته التمسك بهذه الحجية فأغلق بذلك على نفسه باب الطعن بمخالفة نص المادة ١٣٥١ أن يتبنى طعنه على مخالفة الحكمين أحدهما للآخر ، فيفتح لنفسه باب الطعن بعد أن أغلقه بفعله ، وليس هذا مما يسهل الدفاع عنه ^(٢) . وقالوا كيف يعمل بالرأى الخالف ، فيكون الأمر في قبول الطعن وعدم قبوله مرتبطاً بمشئمة الطاعن وبالصورة التي يرفع بها طعنه ، إن بنى الطعن على مخالفة نص المادة ١٣٥١ وكان لم يسبق له الدفع بهذه المادة أمام محكمة الموضوع ورفض الطعن لجدة السبب ، وإن بناه على المناقضة في الحكمين تأسيساً له على نص المادة ٥٠٤ قبل الطعن ولو لم يكن قد دفع بمجعية الحكم الأول أمام محكمة الموضوع ^(٣) .

(١) قاضى فقرة ١١٧ ص ١٢٢ ون . ف ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ (٩٥ د - ١ - ٢٢١) و ع . ف ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٥ (٩٦ د - ١ - ٤٦٦) وبلاسار ص ١٠٦ وآلاف في رسالته في حجية الشيء المحكوم به ، ولاكوست فقرة ٧٧٩ ، وأوبري وروج ١٢ ص ٧٦٩ ، وإارتز بالماش رقم ١٢٦ ، ولارومير فقرة ١٦٥ تحت المادة ١٣٥ ، وهو ك ج ٨ فقرة ٤٣٣

(٢) قاضى بالرجع السابق .

(٣) تيسيه ص ٤٨٢ و ٤٨٣ وتطبيقاته (١٨٥٧ - ١ - ٤٨١)

٢٠٧ - في القانون البلجيكي : وقد حسم القانون البلجيكي هذا الخلاف بإلغاء نص المادة ٤٠٤ المتقدمة الذكر - اكتفاء بالظن بمخالفة القانون - فأصبحت محكمة النقض البلجيكية لا تقبل الظن بالمناقضة في الحكمين أو بمخالفة نص المادة ١٤٥١ إلا إذا حصل التمسك بمحجية الحكم الأول أثناء نظر الدعوى الثانية أمام محكمة الموضوع^(١).

٢٠٨ - في القانون الإيطالي : وقد حسم القانون الإيطالي هذا الخلاف بطريقة أخرى حين عد من حالات الرجوع في الحكم (la voie de la révocation) المقابل لالتماس إعادة النظر) مخالفته لحكم آخر سبق صدوره في النزاع عينه وبين الخصوم أنفسهم وخاز قوة الشيء المحكوم فيه ، بشرط ألا يكون هذا الحكم المظنون فيه قد فصل في الدفع بمحجية الشيء المحكوم فيه^(٢). وغد من حالات الظن بطريق النقض مناقضة الحكم المظنون فيه لحكم آخر سبق صدوره في النزاع عينه وبين الخصوم أنفسهم وخاز قوة الشيء المحكوم فيه ، بشرط أن يكون الحكم للمظنون فيه قد فصل في الدفع بمحجية الشيء المحكوم فيه^(٣). وبهذين النصين قد أصبح المناط فيما يرفع لمحكمة الرجوع (محكمة الالتباس) وما يرفع لمحكمة النقض ليس هو الدفع بمحجية الحكم الأول فحسب ، كما رأنا أكثرية الفقهاء الفرنسيين ، بل هو قيام محكمة الموضوع بالفصل فضلا في الدفع بقوة الشيء

(١) المادة ٢٠ من قانون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٦ (شوفين ص ٨٩٧) وسيمونية
قزرة ١٩٦ و ١٩٧

(٢) راجع الفقرة الخامسة من المادة ٤٩٥ من القانون الإيطالي الصادر في ٢ يونه سنة ١٨٦٥ ، وقد أورد بلاسار (ص ٢٠٥) ترجمتها الفرنسية هكذا : Si la sentence est contraire à une autre sentence précédente passée en force de chose jugée, prononcée entre les mêmes parties, sur le même objet, à condition qu'elle n'ait pas également prononcé sur l'exception de chose jugée.

(٣) الفقرة الثامنة من المادة ٥١٧ من القانون الإيطالي السابق الذكر ، وقد أورد بلاسار (ص ٢٠٥) ترجمتها هكذا : Si la sentence est contraire à une autre sentence prononcée entre les mêmes parties sur le même objet et passée en force de chose jugée, à condition qu'elle ait prononcé sur l'exception de chose jugée.

المحكوم فيه أو بعدم الفصل فيه ^(١).

٢٠٩ - في القانون المصري : ولقد اتجه الشارع المصري نهجاً آخر في قانون المرافعات ، فلم يجعل التناقض بين المحكمين من أسباب التماس إعادة النظر وإنما نص في المادة ٣٥٢ على جواز استئناف الأحكام الاتهامية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى على خلاف أحكام سابقة لها . ولما أنشئت محكمة النقض لم يكتف بدخول صور التناقض في عموم نص المادة التاسعة من قانون محكمة النقض وهي المادة التي أجاز بمقتضاها الطعن في أحكام محاكم الاستئناف إذا بنيت على مخالفة للقانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، على اعتبار أن عدم الأخذ بمحجية الشيء المحكوم به هو مخالفة للقانون فيما نص عليه بالمادة ٢٣٢ من القانون المدني - لم يكتف بذلك ولا بدخول بعض صور التناقض الأخرى في عموم نص المادة ٣٥٢ مرافعات ، ثم لاحظ من جهة أخرى قصور التشريع عن معالجة صور التناقض جميعاً ؛ فجعل الطعن أمام محكمة النقض بمخالفة الحكم السابق حالة مستقلة عن حالة الطعن بمخالفة القانون ؛ وأجاز الطعن في الحكم الثاني بمخالفته الحكم السابق له ، ولو لم يكن صادراً من إحدى محاكم الاستئناف ؛ واستبدل طريق النقض بطريق الاستئناف في بعض صور التناقض التي كان الاستئناف جائزاً فيها . فنص في المادة ١١ من القانون على أن الخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهأى (en dernier ressort) - أي أكانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم

(١) وفي هذا يختلف مذهب التصريح الإيطالي عن مذهب التصريح الفرنسي والمصري ، إذ ليس الدفع بسبق الفصل في الدعوى - عندنا - من قبيل الطلبات التي يجيز سكوت المحكمة عن الفصل فيها الطعن في حكمها بالتماس إعادة النظر ، بل هو من وسائل الدفاع التي يد سكوت الحكم عنها قضاء ضدياً برفضها ، فيكون طريق التظلم من هذا القضاء الضمني هو الطعن فيه بالنقض ، على أساس أنه قد جاء مخالفاً للقانون أو على أساس أنه وقع بإطلاءه من الأسباب التي بني عليها .

وحاز قوة الشيء المحكوم به^(١) passé en force de chose jugée ، سواء أَدفع بهذا الدفع الأخير أم لم يدفع به .

وإذن فالمادة ١١ تشترط : (١) أن يكون الحكم السابق قد حاز قوة الشيء المحكوم به قبل صدور الحكم الثاني (٢) وأن يكون الحكم الثاني قد صدر انتهائياً ، أي كانت المحكمة التي أصدرته (٣) وأن يكون الحكمان صادرين بين الخصوم أنفسهم في النزاع عينه .

ولكن هذه المادة تصرح — من جهة أخرى — بعدم اشتراط أن يكون قد دفع بحجية الشيء المحكوم به أمام محكمة الموضوع .

الشرط الأول (كون الحكم السابق قد حاز قوة الشيء المحكوم به) : ومعنى كون الحكم السابق حائزاً لقوة الشيء المحكوم به أن يكون قد صدر غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية (المعارضة والاستئناف) أو صدر انتهائياً أو ابتدائياً وفاتت مواعيد الطعن فيه بهذه الطرق . فإن كان ابتدائياً أو غايياً ولما تنقض مواعيد الاستئناف أو المعارضة وقت صدور الحكم الثاني فلا سبيل للطعن في هذا الحكم طبقاً للمادة ١١ من القانون . ولم يحذ الشارع للصري في اشتراط هذا الشرط حذو الشارع الفرنسي فيما نص عليه بالمادة ٥٠٤ من قانون المرافعات ، ولا حذو الفقهاء الفرنسيين^(٢) فيما ذهبوا إليه من أن الظاهر من نصها أنها تشترط

(١) وقد استعمل شارعنا عبارة passé en force de chose jugée في المادة ٦٩٥/٥٧١ من القانون المدني مقابلة لعبارة « حكم صادر انتهائياً » وفي المادة ٤٤٩/٣٩١ من قانون المرافعات مقابلة لعبارة « حكم صار في شأه حكم بتي » وفي المادة ٢٣٢ و ٢٩٧ من القانون المدني مقابلة لعبارة « الأحكام التي صارت انتهائية » .

(٢) وغالبية الفقهاء يذهبون إلى عدم اشتراط الانتهائية في الحكم الأول . ويقول جارسوني إن بنس المادة ٥٠٤ فساداً في التحرير ، وإنه لو أخذ بظاهره لأغلق باب الطعن على من يكون قد صدر الحكم الأول في مصلحته إذا كان قد صدر بصفة ابتدائية ، فلم يكن عليه هو أن يطعن فيه (ليصله صادراً بصفة انتهائية عملاً بنس المادة المذكورة) قبل صدور الحكم الثاني . ويضرب المثل الآتي : رجل طالب آخر بدين له قيمته ١٦٠٠ فرنك ، لحكم له به ابتدائياً مات الدائن والددين ، وطالب وارث الدائن وارث المدين بالدين (على غير علم بالحكم) =

أن يكون المحكم صادرين بصفة انتهائية (en dernier ressort) ^(١) .
 أما إذا لم يكن الحكم السابق قد حاز بعد قوة الشيء المحكوم به فإن الحكم
 الثاني لا يطن فيه إلا وفق القواعد العامة ، أى بالاستئناف إن كان صادراً من
 إحدى محاكم الدرجة الأولى (عملاً بالمادة ٣٥٢ مرافعات) ، وبالنقض إن كان
 صادراً من محكمة استئناف (عملاً بالمادة ٩ من قانون محكمة النقض) أو من محكمة
 ابتدائية بهيئة استئنافية في قضية وضع يد أو في مسألة اختصاص (عملاً بالمادة
 العاشرة من هذا القانون) وذلك على اعتبار أن القضاء على خلاف حكم سابق
 فيه إنكار لحجية ذلك الحكم ، وهو خطأ في القانون ^(٢) .

== قضى نهائياً برفض الدعوى ، قال : فإذا أراد من حكم برفض دعواه الطعن بطريق النقض
 بتناقض المحكمين فهل يرد عليه بأن طعنه غير مقبول بحجة أن الحكم الأول لا يزال ابتدائياً مع
 أنه ما كان على مورثه أن يطن فيه لصدوره في مصلحته ؟ (جارسوني ص ٦٨٧ و ٦٨٨)
 وانظر كذلك تيسيه (ص ٤٨٧ وهامش ٢ و ص ٤٣١)

(١) ومعنى كون الحكم انتهائياً (en dernier ressort) أنه قد صدر من محكمة من
 محاكم الدرجة الثانية أو صدر من محكمة من محاكم الدرجة الأولى غير قابل للاستئناف ، سواء
 أكان في الحالتين حضورياً أم غيابياً . فلا يلزم في القانون المصري أن يكون الحكم السابق
 قد صدر بصفة انتهائية بالمتى السابق الذكر ، ولا يكفي أن يكون قد صدر كذلك ، بل يجب
 أن يكون حائراً قوة الشيء المحكوم به بالمتى السابق لهذه العبارة الواردة بالمتى .

(٢) والمقصود بحجية الشيء المحكوم به l'autorité de la chose jugée اعتبار الحكم
 القطعي مطابقاً للحقيقة ومائناً بذلك من إعادة النظر في موضوع الحق الثابت به . والرأى الراجح
 المعمول به في فرنسا أن الحكم تكون له هذه الحجية ولو صدر ابتدائياً أو غيابياً ، وتبقى له
 هذه الحجية إلى أن تزول بمحصول الطعن فيه بالطرق العادية أو بالفائتة نتيجة ذلك الطعن .

وهنا يتضح الفرق بين عبارة « حجية الشيء المحكوم به » وعبارة « حيازة الحكم
 قوة الشيء المحكوم به » (جارسوني ج ٣ فقرة ٧٠٣ ، وجلاسون ج ١ فقرة ٧٤
 وجايون فقرة ١٤٣ وموريل رقم ٥٧٨ وسيزار برو فقرة ١١٣ وبلاسار ص ١٢ وما بعدها)
 ويلاحظ أنه قد جرى الاصطلاح في مصر على التعبير بقوة الشيء المحكوم به عن معنى
 حجية الأحكام ، كما جرى التعبير بالحكم النهائي أو الاتهائي عن معنى الحكم الذي لا يجوز
 الطعن فيه بالطرق العادية .

هذا وإذا كانت المادة ٢٣٢ من القانون المدني لم تشمل إلا عبارة « الأحكام التي
 صارت انتهائية » على خلاف المادة ١٣٥١ من القانون المدني الفرنسي التي استعملت عبارة
 « حجية الأحكام » فانها مع ذلك قد تنطبق الأحكام التي استعملت حجيبتها بدم جواز الطعن فيها
 بالطرق العادية ، فلم تنف الحجة المؤقتة التي قررها القانون الفرنسي وقضاه وقضاؤه للأحكام
 القطعية التي لا تزال الطعن فيها بالطرق العادية ممكناً . وإذن فما دامت هذه الحجية المؤقتة قائمة
 فالحكم الذي ينكرها يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن فيه بالنقض وفق القواعد العامة .

الشرط الثاني (كون الحكم الثاني قد صدر انتهائياً) : واشترط هذا الشرط ظاهر، ومنشئ مع الأصل العام القاضي بعدم جواز الطعن بالطرق التيير الاعتيادية في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى (ولو كانت مواعيد الطعن فيها بالطرق العادية قد انقضت) .

غير أن النص على جواز الطعن بالنقض في الحكم أيا كانت المحكمة التي أصدرته يعمث على التساؤل عما إذا كانت المادة ١١ من قانون النقض قد أبطلت المادة ٣٥٢ مراضات التي تميز الطعن بالاستئناف في الأحكام الانتهائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى على خلاف أحكام سابقة ، أم لم تبطلها ولكن خصصتها بصور دون أخرى ، وما هي تلك الصور التي بقيت على حكم المادة ٣٥٢ والصور التي دخلت في عموم نص المادة ١١ المقدمة الذكر ؟

قد استهلكت المذكرة الإيضاحية شرح المادة ١١ من القانون بالتقرير بأن الاستئناف المنصوص عليه في المادة ٣٥٢ مراضات ليس في الحقيقة إلا حالة خاصة من حالات النقض ، ثم قالت : « ولذلك ينبغي إدخاله أيضاً في اختصاص محكمة النقض » ثم استدركت فقالت : « غير أن هذا الطعن بحسب ما نص عليه في المادة ٣٥٢ لا يمكن رفعه عن حكم صادر من محكمة استئناف حيث يكون التناقض حاصلًا بين حكيتين من محاكم الاستئناف أو بين حكم صادر من محكمة استئناف وحكم سابق له صادر من محكمة ابتدائية وحائز لقوة الشيء المحكوم به ، وذلك عملاً بالقاعدة المعروفة « بأن لا استئناف للحكم الاستئنافي » ولهذا يجب لرفع الحكم الأخير إلى محكمة أعلى من التي أصدرته أن ينص أيضاً على جواز ذلك ، وبناء عليه نقلت المادة ١١ حكم المادة ٣٥٢ مع التوسيع فيه . ولا تفهم مما تقدم أن الشارع قد ألغى المادة ٣٥٢ واستبدل بها المادة ١١ ، لأن قانون محكمة النقض لم ينص على هذا الإلغاء بل لم يشر إليه فيما ألغاه أو عدله من نصوص القوانين المختلفة ، ولا يمكن أن يكون قد أراد أن يسهل عنه .

ولما كان لا يصح في النظر القضي أن يكون لمن يتعنى رفع النقض بين المحكمين ، الخيار بين أن يستأنف الحكم الثاني وبين أن يعطى فيه بطريق النقض ، ولا أن يقال بتدخل حكم المادة ٣٥٢ مرافعات والمادة ١١ من قانون محكمة النقض إحداها في الأخرى ، فالتسليم القول به هو إذن أن لكل منهما حالات خاصة تنطبق عليها وحدها .

ولما كانت المادة ٣٥٢ تميز استئناف الحكم الصادر انتهائيا من محكمة الدرجة الأولى على خلاف حكم سابق بشر أن تشترط كون الحكم السابق قد حاز قوة الشيء المحكوم به ^(١) ، وكانت المادة ١١ تميز الطعن بطريق النقض في أي حكم انتهائى — أي كانت المحكمة التي أصدرته — صدر على خلاف حكم سابق ، بشرط أن يكون هذا الحكم قد حاز قوة الشيء المحكوم به ، فإن الاستئناف يكون هو الطريق الوحيد للطعن في الحكم الثاني ^(٢) إذا كان صادراً انتهائيا من محكمة من محاكم الدرجة الأولى وكان الحكم السابق ابتدائيا أو غيايبا ولم يصبح بعد حائزا قوة الشيء المحكوم به . ويكون الطعن بالنقض هو الطريق الوحيد في الحكم الثاني ، ولو كان صادراً من إحدى محاكم الدرجة الأولى ، كلما كان الحكم السابق

(١) وفضلا عن أن نص المادة ٣٥٢ مرافعات لا يصف الحكم السابق صدوره بأنه قد حاز قوة الشيء المحكوم به ، فإنه يمكن الاستدلال بإشارة ما جاء فيها من قولها « ويرفع الحكم الأول إلى المحكمة الابتدائية أو إلى محكمة الاستئناف » إذا فسرت هذه العبارة وفق عبارة المادة ٣٩٧ من قانون المرافعات المختلط التي هي « ويرفع الحكم الأول إلى محكمة الاستئناف ما لم يكن قد حاز وقت الاستئناف قوة الشيء المحكوم فيه » — يمكن الاستدلال بهذه الإشارة على أن الحكم الأول قد يكون في بعض الصور غير حائز قوة الشيء المحكوم به وأن ذلك لا يمنع استئناف الحكم الثاني الصادر على خلافه (المشاوي بك ج ٢ رقم ٨١٠ وأبو صيف ص ٨٨٧ وهوامها) .

(٢) وما دام يجوز الدفع لأول مرة لدى محكمة الاستئناف بحجية الحكم الأول فلا يشترط أن يكون المستأنف قد تمسك أمام محكمة الدرجة الأولى بهذه الحجية . على أنه إذا كان قد صدر منه أمام محكمة الدرجة الأولى ما يدل على تنازله عن التمسك بهذه الحجية عللا بصدور الحكم الأول فإن استئنافه يكون غير مقبول ، بداهة (دسرتو وعبد الفتاح بك السيد ص ٤٣٣ لغاية ص ٤٣٥)

قد حاز قوة الشيء المحكوم به . وإذن فكل مادة من هاتين اللادتين قد خصصت أختها في واقع الأمر فيما جاءت الأخرى بعمومه ، وصار بينهما عموم من وجه وخصوص من وجه .

وعلى هذا التأويل لا يقبل الطعن بالاستئناف ولا بالنقض في الحكم الثاني إذا كان صادراً استئنافياً من محكمة ابتدائية وكان الحكم السابق غير حائز قوة الشيء المحكوم به .

الشرط الثالث (كون الحكمين صادرين بين الخصوم أنفسهم في النزاع عينه) : وهو اشتراط ظاهر ، فيجب إذن أن يكون بين الدعويين وحدة الموضوع ووحدة السبب ووحدة الخصوم .

عزم اشتراط حصول التمسك بالحكم الأول : قد أسلفنا أن القانون الفرنسي عد التناقض بين الحكمين من أحوال التماس إعادة النظر ومن حالات الطعن بطريق النقض ، وأن الفقهاء الفرنسيين قد ذهبوا إلى أن المناط في اعتباره من أحوال الطعن بطريق النقض هو حصول الدفع بمجعية الحكم السابق أمام محكمة الموضوع ، فاستوى عندهم بذلك الطعن بالتناقض أمام محكمة النقض والطعن في الحكم الثاني بمخالفته للقانون في وجوب اشتراط التمسك بمجعية الحكم الأول أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الملعون فيه ، كما هو الشأن في سائر الدفع غير المتعلقة بالنظام العام .

أما الشارع المصري فقد جمع صور التناقض بين الحكمين — إلا ما استبقاه على حكم جواز الطعن فيه بالاستئناف — وجعلها حالة متميزة عن حالة الطعن بمخالفة القانون ، حيث صرح في المادة ١١ من القانون بجواز الطعن بالتناقض سواء أكان الطاعن قد دفع أمام محكمة الموضوع بمجعية الحكم الأول أم لم يدفع به ، وهو في تصريحه هذا قد خالف تلك القاعدة المانعة من التمسك بالأسباب الجديدة أمام محكمة النقض .

ويتفرع على ذلك أنه إذا كان الحكم الثاني صادراً انتهائياً من أية محكمة من المحاكم جاز الطعن فيه بالنقض طبقاً للمادة ١١ ولو لم يسبق تقديم الحكم الأول ولا الاحتجاج به أمام محكمة الموضوع^(١). أما إذا كان صادراً من إحدى محاكم الاستئناف، جاز الطعن فيه أيضاً بالنقض لمخالفته حجية الشيء المحكوم به، وإن لم يكن الحكم السابق قد حاز قوة الشيء المحكوم به، بشرط أن يكون قد سبق له تقديم هذا الحكم والاحتجاج به أمام محكمة الموضوع، عملاً بالقاعدة العامة القاضية بعدم قبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض.

ولا تفهم من نص المادة ١١ أن الدفع بحجية الحكم الأول قد أصبح من قواعد النظام العام، لأن كل ما أَرَادَهُ الشارع هو تمييز الطعن بالتناقض سواء أكان قد دفع بحجية الشيء المحكوم به أمام محكمة الموضوع أم لم يدفع به، وعدم اعتبار هذا الدفع من الأسباب الجديدة إذا لم يكن قد دفع به، اعتباراً في ذلك بشناعة التناقض بين الأحكام وضرورة رفضه بأداة قانونية صالحة^(٢).

(١) ن. م. م. ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (المحكمة س ١٦ رقم ١ ص ١) وقاعدته: إذا كان الحكم المطعون فيه لم يذكر ضمن أسبابه أن الطاعن تمسك لدى محكمة الاستئناف بحجية حكم سبق صدوره في الشيء المطروح بين الخصوم أنفسهم، فإن للطاعن مع ذلك أن يظن لدى محكمة النقض في هذا الحكم لحجيته مخالفاً للحكم السابق صدوره الحائز لقوة الشيء المحكوم به، وذلك بالتطبيق للمادة ١١ من قانون محكمة النقض.

(٢) قدما أن القضاء الفرنسي يشترط لجواز الطعن في الحكم بالنقض لصدوره على خلاف حكم سابق — طبقاً للمادة ٥٠٤ مرافعات — أن يكون قد حصل الدفع بحجية هذا الحكم أمام محكمة الموضوع، ويشترط لجواز الطعن في الحكم الثاني بطريق التماس (إذا كان الحكم السابق صادراً من نفس المحكمة) ألا يكون قد حصل التمسك أمام المحكمة بحجية الحكم السابق طبقاً للمادة ٤٨٠ مرافعات. وينتج من ذلك أنه إذا كان الحكم السابق صادراً من محكمة أخرى ولم يحصل التمسك به أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الثاني فلا يجوز في فرنسا الطعن في هذا الحكم الثاني لا بطريق النقض ولا بطريق التماس لإعادة النظر. وعلى ذلك يكون الشارع المصري بقوله في المادة ١١ «سواء أَدْفَعُ بهذا الهم الأخير (بحجية الحكم السابق) أم لم يدفع به» قد قصد التعميم فأجاز الطعن بالنقض في جميع أحوال التناقض بين الأحكام النهائية، سواء ما يكون منها في فرنسا سبباً للطعن بالنقض أو سبباً للطعن بالتماس لإعادة النظر أو لا يقبل فيه الطعن بأي طريق منها.

وإذن فليس لقاضي الموضوع أن يثير الدفع بحجية الحكم الأول من تلقاء نفسه ويحكم بعدم قبول الدعوى ، وليس ما يمنع محكمة النقض من أن تحكم بعدم قبول الطعن إذا تبين أن من له الحق في الدفع بهذه الحجية قد تنازل عنه صراحة أو دلالة قبل صدور الحكم المطعون فيه ، حيث يكون هذا الحكم الأخير هو وحده القائم في الدعوى ؛ أو كان قد قبل الحكم الثاني بمد صدوره ، حيث يصبح الطعن فيه غير جائز قانوناً^(١) .

(١) سبق أن أبدينا آراءنا هذه في تفسير المادة ١١ في مقالنا « محكمة النقض والإبرام المصرية » (مجلة القانون والاقتصاد ص ٢ س ٤٨٠ — ٤٨٣) .

الكتاب الثاني

في أركان الطعن وشروطه وآثاره

الباب الاول

في الأحكام التي يجوز الطعن فيها

الفصل الأول

في بيان هذه الأحكام بالجملة

٢١٠ — في القانون الفرنسي : نصت المادة الثانية من الأمر العالي الصادر في أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ على أن من وظائف مجلس النقض والإبرام الفصل في طلبات النقض المرفوعة عن الأحكام الاتهائية (en dernier ressort) وصرحت المادة الرابعة منه بالطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن قضاة الصلح ، ثم أضافت المادة ١٩ من دستور ٣ س سنة ١٧٩١ إلى نص المادة الثانية المتقدمة الذكر بمد قولها « الأحكام الاتهائية » قولها « الصادرة عن المحاكم » ، ثم أجاز قانون ٢٧ فتنوز سنة ٨ الطعن في أحكام قضاة الصلح لعدم الاختصاص أو لتجاوز السلطة (pour incompetence et excès de pouvoir) ثم جاءت المادة ١٤ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٧ فأجازت استئناف الأحكام الصادرة عن قضاة الصلح في مسائل الاختصاص أية كانت قيمة الدعوى ، فصار الطعن فيها بطريق النقض غير جائز ، ونصت المادة ١٥ منه على جواز الطعن بالنقض في أحكام أولئك القضاة لتجاوز السلطة ، ثم أجازت الفقرة الخامسة من المادة ١٥ من قانون ١٥ أبريل سنة ١٨٩٨ المدلة بقانون ٣١ مارس سنة ١٩٠٥ الطعن في أحكامهم الصادرة في « القضايا المتعلقة بأحداث العمل en matière

d'accidents de travail « لخالفه القانون فضلا عن تجاوز السلطة ، ثم أُلغيت المادة ١٥ المتقدمة الذكر بقانون ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ واستبدلت بها مادة أخرى أجازت الطعن في أحكام قضاة الصلح لخالفه القانون أول تجاوز السلطة^(١) . وقد فهم من هذه النصوص أن الأصل عندم هو جواز الطعن في الأحكام الاتهامية الصادرة عن جميع طبقات المحاكم ، وأن الاستثناء هو عدم الجواز^(٢) . أما في بلجيكا قانون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٥ قد أزال القيود التي كانت تمنع الطعن في الأحكام الصادرة عن قضاة الصلح ، ومنذ صدور هذا القانون أصبحت هذه الأحكام مما يجوز الطعن فيها بمخالفة القانون وبالبطلان وبتجاوز السلطة^(٣) .

(١) ملحق تطبيقات دالوز ص ١٦٥ هامش ١

(٢) تبينه فقرة ٩٣٧ ص ٤٥٣ و ع . ف ١٢ يناير سنة ١٩١٥ (د ٩١٦ د ١ — ١٣) ون . ف ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢١ (د ٩٢١ — ١ — ٢٣١) وفأى فقرة ٣١ و ٣٢

(٢ مكرر ١) نس قانون ١٥ يولييه سنة ١٩٠٥ وقانون ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ على جواز الطعن في الأحكام الصادرة عن مجالس الحرف conseils de prud'hommes (إلا مجالس الصيادين المأذون لها في عدم كتابة أحكامها) في حالي مخالفة القانون وتجاوز السلطة ؛ أما الأحكام التي تصدرها المحاكم الاجرائية في قضايا استئناف أحكام هذه المجالس فيجوز الطعن فيها لعدم الاختصاص أو لتجاوز السلطة أو لخالفه القانون (تطبيقات دالوز فقرة ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩١) (٢ مكرر ٢) وقد أخضع قانون ١٧ أبريل سنة ١٩٠٦ أحكام المجالس العسكرية في زمن السلم لرقابة محكمة النقض (تطبيقات دالوز فقرة ٤٨٥ و ٤٨٦ ومجموعة دالوز الدورية ١٩٠٦ — ٤ — ٩٨)

(٢ مكرر ٣) ولقد عد الفقهاء الفرنسيون من قبيل الاستثناء نس المادة ٥٨٣ من القانون التجاري المقابلة للمادة ٣٩٥ من القانون الأهلي (فيما جاء به من عدم جواز الطعن بأي طريق من طرقه في الأحكام المتلفة بتعيين أو استبدال مأمور التنفيذ أو وكلاء الدائنين ولا في الأحكام الصادرة بالإفراج عن المفلّس أو بإعطاء إمانة له أو لوائته ولا في الأحكام التي صدر فيها بيع الأمتة والبضائع التي للتنفيذ ، ولا في الأحكام الصادرة بتأخير عمل الصلح أو بتقديم الديون المتنازع فيها تقدراً مؤقتاً ولا في الأحكام الصادرة في التنظيم من الأوامر التي أصدر مأمور التنفيذ في حدود وظيفته) وكذلك عدوا نس المادة ٧٠٣ من قانون الرافعات (الفا للمادة ٥٨٥ من القانون الأهلي) فيما جاءت به من عدم جواز الطعن بأي طريق ما في الأحكام المتضمنة مجرد تأخير البيع (فأى ص ٥٧)

(٣) سيمونه فقرة ٧ وهامش ٢ ون . ب ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ (باسكرز

٢١١ — في القانون المصري : أما القانون المصري فلم يحز الطعن بطريق النقض إلا في الأحكام الآتية :

أولاً — جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف في جميع حالات الطعن الأربع وهي : (١) مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله . (٢) وقوع بطلان جوهرى في الحكم (٣) وقوع بطلان في الإجراءات مؤثر في الحكم (٤) الفصل في نزاع خلافاً لحكم سبق صدوره فيه بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به (المادتان ٩ و ١١ من قانون محكمة النقض) .

ثانياً — الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية إذا كانت القضية من قضايا وضع اليد ، أو كان الحكم صادراً في مسألة اختصاص بحسب نوع القضية أو اختصاص بحسب أحكام المادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وذلك في حالة واحدة هي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله (المادة ١٠ من القانون) ^(١) .

ثالثاً — الأحكام الاتهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية — أيا كان نوع القضية وموضوعها — إذا فصلت في نزاع خلافاً لحكم سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به (المادة ١١ من القانون) ^(٢) .

رابعاً — الأحكام الاتهائية الصادرة عن المحاكم الجزئية — أيا كان نوع القضية وموضوعها — إذا فصلت في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به (المادة ١١ من القانون) ^(٣) .

٢١٢ — تعليل هذا التضييق ونقده : وفي هذا الذ ذكر تضييق ظاهر

(١) و (٢) ن . م . م . ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (المحكمة ١٦ رقم ٤ ص ٦)
(٣) وتنص المادة ٤٢٧ من قانون المرافعات التركي الصادر في ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ على جواز الطعن في جميع الأحكام الاتهائية الصادرة من المحاكم الأساسية ومن محاكم الصلح ، إلا ما كانت قبة النزاع فيه لا تبلغ ألفي قرش ؛ ولنايب العالم مع ذلك أن يطعن في الأحكام الصادرة في هذه القضايا الأخيرة لمصلحة القانون (راجع ترجمة ديزو طبعة سنة ١٩٢٨)

تقول المذكرة الإيضاحية في تعليقه : « إنه لا يحسن في بدء الأمر أن تكون الطعون بطريق النقض كثيرة في المواد المدنية والتجارية ، إذ يجب ألا تردح محكمة النقض منذ أول عهدا بمدد كثير من تلك الطعون . ولذلك نص في القانون (المادة ٩) مبدئياً على ألا يقبل الطعن بطريق النقض إلا في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف . . . وقد يكون في هذا التضييق شيء من المضار من حيث توحيد القضاء ، ولكنه تضيق تدعو الضرورة إليه في البدء حتى تتمكن المحكمة الجديدة من السير في طريقها قبل أن تتوسع في أعمالها » . ثم تقول في تعليل ما أجاز القانون الطعن فيه استثناء من أحكام المحاكم الابتدائية والجزئية ما نصه : « ومع ذلك روى أن يستثنى من هذه القاعدة أحكام المحاكم الصادرة في استئناف الأحكام الجزئية متى كانت متعلقة بالاختصاص أو بقضايا وضع يد . وذلك لأن مسائل اختصاص القاضى الجزئى ما كانت لتعرض قط على محكمة النقض والإبرام لو كانت تلك الأحكام التى تفصل فيها استئنافاً لا يقبل الطعن فيها أمام هذه المحكمة . ولا يخفى أن هناك مصلحة كبرى فى أن تختص محكمة النقض بالفصل فى جميع المسائل المتعلقة باختصاص القضاء فى كل درجته . أما قضايا وضع اليد فإن ما لها من الأهمية بالنسبة للخصوم وما تثيره من النقط القانونية الدقيقة يجوز إحالة الأحكام التى تصدرها فيها المحاكم الابتدائية على محكمة النقض والإبرام ، (ويلاحظ أن أحكام القاضى الجزئى المختلط فى هذه المواد تستأنف أمام محكمة الاستئناف رأساً) » (١) .

فهذا التضييق الذى جاء به القانون المصرى لم يكن مقصوداً لذاته ، ولا ملحوظاً فيه أى اعتبار متعلق بطبيعة وظيفة محكمة النقض ، وإنما دعت إليه تلك الضرورة التى أشارت إليها المذكرة الإيضاحية كما رأيت .

٢١٣ — على أننا إذا سلمنا بأن ما يعرض أمره على المحاكم الابتدائية —

وتستأنف أحكامه لدى محاكم الاستئناف — من المسائل القانونية لا يخرج كثيراً عن نوع ما يمرض منها على المحاكم الجزئية ، ولا حظنا أنه قد أبيع استثناء الطعن في أمم ما تفصل فيه المحاكم الابتدائية اتهاميا من دعاوى وضع اليد والمسائل المتعلقة باختصاص المحاكم ، فقد ندرك سر تسامح المشرع « في ذلك الشيء من المضار » الذي قد يحدثه هذا التضييق « من حيث توحيد قضاء المحاكم » . لكن توحيد قضاء المحاكم ليس هو الفرض الوحيد من إنشاء محكمة النقض ، بل إن من أغراضها أيضاً إبطال الأحكام المخالفة للقانون تحقيقاً لمصلحة المتقاضين أنفسهم . ثم إنه لا يكتفى لتوحيد قضاء المحاكم أن تقرر محكمة النقض القواعد الصحيحة في مختلف المسائل القانونية ، بل يجب — لاستقرار القضاء حقيقة — تمكين محكمة النقض من قضا كل حكم يصدر مخالفاً لما استقر عليه رأياً . فهذه الوسيلة وحدها تلزم المحاكم على اختلاف درجاتها باتباع الرأي الصحيح فيتحقق بذلك توحيد القضاء واستقراره . ولما كان عدد القضايا التي ترفع إلى المحاكم الجزئية وتستأنف الأحكام الصادرة فيها أمام المحاكم الابتدائية أكثر من القضايا التي ترفع إلى المحاكم الابتدائية وتستأنف الأحكام فيها أمام محاكم الاستئناف ، وكان احتمال وقوع قضاة المحاكم الابتدائية في الخطأ أكبر من احتمال وقوع قضاة محاكم الاستئناف فيه ، فإن مصالح المتقاضين أمام تلك المحاكم تبقى — بمخطر الطعن في أحكام المحاكم الابتدائية كقاعدة عامة — غير مصونة الصيانة الكافية ، وتبقى الفائدة التي يجنيها القضاء من إنشاء محكمة النقض محصورة في أضيق الدوائر ، بل يبقى النظام القضائي — كما كان عند العمل بنظام الدوائر المجمعة بمحكمة الاستئناف — مفتقراً إلى ما يلزم المحاكم الابتدائية باتباع القواعد القانونية التي تقررها المحكمة العليا ، فلا يتحقق على الوجه الأكمل ما قصده المشرع من توحيد القضاء في المسائل القانونية .

ومع ذلك فلتفترض في المحاكم الابتدائية الرغبة الصادقة في اتباع القواعد

التي تقررها المحكمة العليا؛ فبأى الآراء تهتدى في شأن المسائل التي لما يتفق عرضها
بعد على محكمة الاستئناف ثم على محكمة النقض؟ لا بد من أنها تستغل فيها بالرأى،
وحينئذ فلا بد من اختلاف الآراء. وهذا الاختلاف مع ما قد يقع فيه من
الأخطار والأضرار، يبقى ولا علاج له حتى ترفع المسألة إلى محكمة الاستئناف ثم إلى
محكمة النقض لتقطع فيها برأى. ولعله لهذا السبب يسير توحيد القضاء في مصر
سيراً أبطأ مما تستلزمه الحال فيها من التعجيل في تقرير القواعد القانونية الصحيحة.
يضاف إلى هذه الاعتبارات أن هناك نوعاً من الخطأ في القانون لا يجدى
في تجنبه توحيد القضاء واستقرار المبادئ القانونية، ولا يصلحه في القضايا التي
يقع فيها سوى محكمة عليا تسهر على تقيمه: ذلك هو الخطأ في الإجراءات المؤدى
إلى بطلان الحكم فإن هذا الخطأ يقع فيه المحاكم الابتدائية سهواً أو قصداً، ويبقى
البطلان المترتب عليه قائماً بغير ما إصلاح، ولا يمنع من تكرار الوقوع فيه
استقرار القضاء.

لهذا رجونا في مقالنا « محكمة النقض والإبرام المصرية » أن يعدل الشارع
عن هذا التضييق فيبادر إلى إباحة الطعن بالنقض في أحكام المحاكم الابتدائية في
كل الأحوال، أسوة بأحكام محاكم الاستئناف. ولا محل لما خيف منه من
ازدحام محكمة النقض بالقضايا الكثيرة بعد أن ظهرت قلة الطعون المرفوعة إليها
وصار مرغوباً في توسيع اختصاصها، حتى تضاعف ما تبذله من جهد في سبيل
الغرض الجليل الذي أنشئت من أجل تحقيقه، مسرعة الخطى في الوصول إليه^(١).

(١) وقد ساعد على قلة الطعون المقدمة فداحة الرسوم القضائية وعظم مبلغ الكفالة التي
يجب على رافع النقض إيداعها وقت التقرير بالطعن. وقد اقترح تعديل مبلغ الكفالة وجعل
الحكم بمصادرتها جوازياً وتقيس الرسوم، فرفض الاقتراح الأول وقبل الثاني والثالث وعدلت
بعض مواد القانون (فقرة ٢٩٠ من هذا الكتاب).

وقد بلغ عدد القضايا المقدمة إلى محكمة النقض في سنواتها الست (لتأريخ أكتوبر سنة
١٩٣٦) ٥٤٢ قضية (٤٣ و ١٤٢ و ١٦٨ و ١٨٨ و ٢١٥ و ١٧٧ على التوالي)
والقضايا المحكوم فيها ٤٣٨ (٦١ في السنة الثانية ثم ٨٥ و ٧٢ و ١١٥ و ١٠٥ على التوالي)

الفصل الثاني

ما يجب توافره في الأحكام من الشروط العامة لجواز

الطعن فيها بطريق النقض

٢١٤ — مجمل هذه الشروط : يتضح من نص المواد ٩ و ١٠ و ١١ من قانون محكمة النقض أن ما يجوز الطعن فيه بطريق النقض يجب أن يكون حكماً صادراً في منازعة مدنية أو تجارية مما يدخل في وظائف المحاكم الأهلية ، وأن يكون انتهائياً غير تحصيلي أو تمهيدي ، وألا يصير غير مقبول الطعن بفوات الميعاد أو بالقبول . ويتضح من المادة ٤٧ أنه لا يشترط أن يكون الحكم صادراً بعد العمل بقانون محكمة النقض .

(١) — كون الملعون فيه حكماً^(١)

٢١٥ — المراد بالحكم في هذا الباب هو قول المحكمة المشكلة تشكيلاً صحيحاً تفصل به في حدود وظائفها في خصومة رفعت إليها وفق قانون المرافعات ، أو في نقطة خاصة بهذه الخصومة متعلقة بتحقيقها أو سيرها ؛ فقرار المحكمة بتأجيل الدعوى أو بتأجيل نطق الحكم بجلسة أخرى ، والأوامر التي يصدرها رئيس محكمة الاستئناف أو إحدى المحاكم الابتدائية — بمأله من سلطة التصرف في الأمور الوقتية العارضة في بدء الدعوى أو في أثنائها أو بعد الحكم فيها — كالأمر الصادر بتنقيص المواعيد أو بتعجيل نظر الدعوى أو بتوقيع الحجز التحفظي أو بتقدير المصاريف المحكوم بها على المحكوم عليه ، جميع ذلك وأمثاله لا يجوز الطعن فيه بطريق النقض .

(١) تيسيه قرة ٩٣٥ وجارسيه قرة ٣٦٣ وفي قرة ٣١ س ٥٥ وتعليقات دالوز

من ٣٠٠ إلى ٣٣٤

كذلك لا يجوز الطعن في القرارات المثبتة للصلح ولا في الأحكام الاتفاقية باعتبارها عقوداً (Jugements d'expédient)^(١)، ولا في الأحكام الصادرة على مقتضى حلف اليمين الحاسمة أو على النكول عنها أو على ردّها . أما أحكام المحكمين^(٢) فلا يجوز الطعن فيها بطريق النقض .

٢١٦ — والأصل أن منطوق الحكم — وهو جزؤه الذي يختتم به ويحتوى عادة القول الفصل في الخصومة — هو الذي يجوز الطعن فيه . أما أسباب الحكم — وهى جزؤه الذى يحتوى الحجج التى تبنى عليها المحكمة قضاءها — فلا يجوز الطعن فيها ورد بها من خطأ فى القانون ، ما دام الحكم صحيح النتيجة قانوناً مشتملاً على أسباب أخرى صحيحة يمكن حمل منطوقه عليها . وعلى هذا لا يصح مثلاً الطعن فيما جاء بالأسباب من العبارات المهينة لأحد الخصوم أو من وصف الحق المتنازع فيه مثلاً بأنه حق ارتفاق غير مستمر إذا كان هذا الخطأ فى الوصف غير مؤثر فى نتيجة الحكم^(٣) .

(١) جرسوبه قرة ٣٦٣ س ٦٤١ وحكم محكمة استئناف بوردو فى ٢ مايو سنة ١٨٩٥ (٩٦ د — ٢ — ٣٩٤) و ع . ف ١٠ يونيه سنة ١٨٩٥ (٩٦ د — ١ — ١٩٧) وقارن تبسيه قرة ٩٣٥ س ٤٥٢ وهامش ٦ وفيه إحالة على قرة ٣٣٦ منه وتطبيق جلاسون فى (٨٦ د — ٢ — ٧٣) . والوسيلة الوحيدة عندنا هى رفع دعوى البطلان بأسبابها المعروفة .

(٢) عدم جواز الطعن فى أحكام المحكمين منصوص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات الفرنسى القابلة للمادة ٧٢٧ من قانوننا الأهلى ، وأكدته نص المادة ١٩ من دستور سنة ١٧٩١ الذى قصر جواز الطعن بالنقض على الأحكام « الصادرة عن المحاكم » كما سبق القول (قضى قرة ٣٢) وقد قيل فى تليل ذلك إن أحكام المحكمين قابلة للاستئناف فعلى ذلك لا يجوز الطعن فيها بطريق النقض ، فإن حصل الاتفاق على عدم استئنافها امتنع الطعن فيها بالنقض لما فى الاتفاق على عدم استئنافها من معنى التنازل عن الطعن بطريق النقض (دالوز براتيك قرة ٥٥٩ تحت كلمة تحكيم) أما الأحكام الصادرة عن المحاكم فى استئناف أحكام المحكمين أو فى طلب بطلانها بالمراضة فى تنفيذها بالتطبيق للمادة ٧٢٧ فجواز الطعن فيها بطريق النقض مما لا شك فيه .

(٣) ع . ف ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ (٩٧ د — ١ — ١٨٨) و ١٦ يولييه سنة ١٩٠٠ (٩٠ د — ١ — ٤٦٠) وتعليقات دالوز قرة ٢١٥٢ ون . م . م . =

ولكن القاضي إذا وضع بعض المقتضى به في أسباب الحكم جاز الطعن في الجزء الخاص به من الأسباب ، وكثيراً ما يقع ذلك . فقد يطالب أحد المستحقين ناظر الوقف بحسابه مثلاً ، فينكر عليه الناظر أصل استحقاقه وقدره ويطلب وقف الدعوى حتى يستصدر المدعى حكماً شرعياً يثبت له مدعاه ، فتذكر المحكمة في أسباب حكمها أن المدعى مستحق في الوقف ، وأن إنكار خصمه الاستحقاق عليه غير جدى وتكتفى في المنطوق بإلزام الناظر بتقديم الحساب — ولا شك في أن توزيع أجزاء هذا الحكم على ذلك النحو لا يمنع من القول بأن المحكمة حكمت بثبوت استحقاق المدعى في الوقف ثم بإلزام الناظر بتقديم الحساب^(١) . وإذن فالعبرة في معرفة ما حكم به ، وما لم يحكم ، إنما هي بذات القول الفصل في الدعوى ، أما كان موضع هذا القول : في منطوق الحكم أم في أسبابه .

== ٤ مايو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١١٧ ص ١١٨) وقاعدته : إذا كانت الأسباب التي بني عليها الحكم صحيحة في جوهرها ولكن اعترضها خطأ قانوني في بعض العبارات ، ومع استبعاد هذه العبارات يبقى الحكم مستقيماً بما بقى له من الأسباب ، الصحيحة فلا يقضى الحكم .

(١) ن . م . م . ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد ص ٤ رقم ٣٩ ص ٩٣) وقد قالت المحكمة فيه — بعد أن أبرزت ما كانت قد قضت به محكمة الاستئناف في أسباب حكم أصدرته — ما نصه : « ولا يمنع من اكتساب هذا القضاء قوة الشيء المحكوم به أن يكون وارداً في الأسباب لأن من أسباب الحكم ما يكون بعض المقتضى به » ... إلى أن قالت : « إن محكمة الاستئناف قد وضعت جزأى الحكم الأولين في الأسباب ووضعت الجزء الأخير وهو النتيجة في منطوق الحكم » (س ١٠٠ و ١٠١) ون . م . م . ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ (المحاماة ص ١٥ ق ١ رقم ٣٧ ص ٥٣) وقاعدته : لا مانع من أن بعض المقتضى به يكون في الأسباب ، فإذا قضت المحكمة بيطلاق عقد بيع بعد أن استعرضت في حكمها الأوجه التي دار النزاع حولها طلباً وفقاً وبمقتضى هذه الأوجه فصلت فيها فصلاً قاطعاً وخلصت من بحثها إلى النتيجة التي حكمت بها ، فهي ذلك أنها قضت في هذه المائل ووضعت قضاءها فيها في أسباب الحكم ، ثم وضعت بالمنطوق الحكم بيطلاق البيع وهو نتيجة ما وضعته في الأسباب ، فأصبح الحكم قاطعاً في جميع عقد النزاع المقدمة المذكور طلباً وفقاً .

(ب) — كون الحكم صادراً في منازعة مدنية أو تجارية مما يدخل في وظائف المحاكم الأهلية

٢١٧ — هذا الشرط مفهوم من عنوان الفصل الثالث من قانون إنشاء محكمة النقض الذي هو « في النقض في المواد المدنية والتجارية » ومن ديباجة هذا القانون التي جاء فيها : « وبعد الاطلاع على الأمر العالي المشتل على لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية » . وإذن فلا يجوز الطعن بالنقض إلا في الأحكام الصادرة من المحاكم الأهلية في المنازعات المدنية والتجارية^(١) . أما غيرها كالأحكام الصادرة من المجلس الحسبي العالي المشكل من بعض مستشاري محكمة استئناف مصر ، وأحكام مجلس تأديب الخبراء المشكل من بعض هؤلاء المستشارين أيضاً وأحكام المحاكم الابتدائية الصادرة بصفة انتهائية في قضايا الطعون في انتخاب مجالس المديرية ، فلا يجوز الطعن فيها بالنقض .

(ج) كون الحكم غير تحضيري ولا تمهيدي

٢١٨ — نصت الفقرة الأخيرة من المادة التاسعة من قانون محكمة النقض على عدم جواز رفع طعن في الأحكام التحضيرية والتمهيدية^(٢) . والفهم من هذا النص — كما جاء بالمذكرة الإيضاحية — أن « هذه الأحكام لا يجوز أن يرفع عنها طعن مستقل » أي قبل صدور الحكم في أصل الدعوى . أما جواز الطعن فيها بعد صدوره ومعه فلا شبهة فيه ، بل لا يجب على الطاعن أن ينص صراحة (١) والذي يجوز الطعن فيه في بلجيكا هو الأحكام الصادرة عن المحاكم النظامية البلجيكية وأحكام مستمراتها (سيمونه فقرة ٥ و ٦ وهوامشها) .

(٢) كان الأولى أن يضع شارعنا حكم هذه الفقرة في مادة مستقلة بعد المادة ١١ حتى لا يظن بادي الرأي أن حكمها فاصر على الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ولا يشمل الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية أو عن المحاكم الجزئية في الأحوال النصوص عليها في للمادتين ١٠ و ١٤ من القانون .

في تقرير طعنه في الحكم الصادر في أصل الدعوى على أنه يطنن فيها كذلك ،
إذ الطعن في هذا الحكم ينسحب إلى كل حكم صدر قبله تحضيريا أو تمهيديا ،
بشرط ألا يكون الطاعن قد قبلها قبولا مستقطاً لحقه في الطعن فيها ، وأن يذكر
في أسباب الطعن ما يدل على أن طعنه وارد عليها .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية : « أما إذا كان الحكم قد فصل في دفع
شكلى أو موضوعى وقضى في آن واحد بإجراء تحقيق فيجوز أن يرفع عنه طلب نقض ،
لأنه لا يكون حينئذ مجرد حكم تمهيدى بل هو حكم يحوى حكما قطعيا أيضاً » (١) .
ولقد أحسن شارعنا في النص على عدم جواز رفع طعن مستقل عن الأحكام
التحضيرية والتمهيدية (٢) ، كما أحسن في عدم اشتراط كون الحكم قطعيا ، ليدخل

(١) المذكرة الإيضاحية ص ٢٤

(٢) الأحكام الصادرة عن عاكم الدرجة الثانية في وصف الحكم الصادر بالتحقيق بأنه
تمهيدى يجوز استئنافه أو أنه تحضيرى لا يجوز استئنافه ، هي أحكام قطعية في هذا الوصف
يصح الطعن فيها استقلالا بطريق النقض (قاضى ص ٦٥)

(٢ مكرر) إن القانون الفرنسى باكتفائه بالنص في المادة ١٤ من قانون ٢ برمحور سنة
٢٤ (٢٤ أكتوبر سنة ١٧٩٥) للنشور في تعليقات دالوز ص ١٢٩ هامش ١ وفي ربرتوار
دالوز ص ٣٠ على عدم جواز الطعن بطريق النقض في الأحكام التحضيرية والأحكام الصادرة
بالتحقيق (jugements préparatoires et d'instruction) قد أثار شكاً عظيماً حول معرفة
ما إذا كان لفظ « الأحكام الصادرة بالتحقيق » يشمل أم لا يشمل الأحكام التمهيدية البالغة على
ما تحكم به المحكمة في أصل الدعوى . فنلاحظ أن المادة ٤٥١ من قانون المرافعات تنص
على عدم جواز استئناف الحكم التحضيرى إلا عند استئناف الحكم الصادر في أصل الدعوى
وأن ميعاد استئنافه يتبدى من يوم إعلان هذا الحكم الأخير ولو سبق تنفيذ الحكم التحضيرى
بغير احتفاظ بحق استئنافه ، كما تنص على جواز استئناف الحكم التمهيدى استقلالا قبل صدور
الحكم في أصل الدعوى . من لاحظ هذا ولاحظ ما جاء بنص المادة ٤٥٠ من أن الحكم
التحضيرى هو الحكم الصادر بالتحقيق تهيمه الدعوى لفصل في موضوعها ، وأن الحكم
التمهيدى هو الحكم الصادر بالتحقيق البال على ما يستحكم به المحكمة في أصل الدعوى ، من
لاحظ هذا كله وفاس الطعن بطريق النقض على التظلم بطريق الاستئناف رتب على هذا القياس
القول بجواز الطعن استقلالا في الحكم التمهيدى ثم القول بعدم جواز هذا الطعن إذا قبل الحكم
أو أهوى ميعاد الطعن فيه . ويقول تبيينه إن قضاء محكمة النقض يظهر أنه قد استقر على ذلك
(ص ٤٦٣ وبهامش ١ بعض الأحكام منها ن . ف ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٥٧ (د ٥٨٥
— ١ — ٧٤) و . ع . ف ٣ مايو سنة ١٨٨٢ (د ٨٣ — ١ — ٣١٤) ون . ف —

فما يجوز الطعن فيه : الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى والأحكام الفرعية القطعية والأحكام الوقتية^(١) . أما ما ورد بالذاكرة الايضاحية في سياق الكلام في الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالنقض من قولها : « ويقصد بالأحكام الأحكام القطعية » فيجب تأويله بما يجعل لهذا اللفظ معنى واسعاً يشمل الأحكام الوقتية والأحكام القطعية الفرعية .

٢١٩ - وعلى هذا يجوز الطعن في جميع الأحكام الفاصلة في الدعوى

= أول يولي سنة ١٩٠٧ (س ٩٠٩ - ١ - ١٣) . أما من لم ير هذا القياس ورأى لاعتماد على عموم نص المادة ١٤ من قانون برعمور سنة ٤ السابقة الذكر فإنه لم يميز الطعن في هذه الأحكام بنوعها ، وهو رأى جلاسون (اقرأ تعليقه في د ٨٨ - ١ - ٢٢٥) وهو رأى تيسيه (٣٦٣)

هذا وما دام مناط التفرقة بين الحكم التحضيري الصادر بالتحقيق والحكم التمهيدي الصادر بالتحقيق كذلك هو عدم دلالة الحكم على ما تستحكم به المحكمة في أصل الدعوى أو دلالته ، وما دامت هذه الدلالة يختلف فيها بين ناظر وآخر فلا مناس من وقوع ذلك الاضطراب القبي نراه في قضاء المحاكم الفرنسية . ولهذا يتضح لنا وجه سداد القانون المصري في منع الطعن بالنقض في الأحكام التحضيرية والتمهيدية قبل صدور الحكم في أصل الدعوى . أما الجانب القطعي من الحكم التمهيدي فما يجوز في فرنسا الطعن فيه بطريق النقض قبل صدور الحكم القطعي (تعليقات دالوز بقرة ٣٤٣ وفأى ص ٦٥ ون . ف أول يولي سنة ١٩٠٧ (د ٩٠٧ - ١ - ٣١٨) ون . ف ٧ مارس سنة ١٩٢٠ (د ١٩٣٤ - ١ - ٩١) وتعليقات دالوز من بقرة ٣٣٧ إل ٣٥٤) . على أن التفرقة بين الأحكام التحضيرية والتمهيدية لا تزال - من الناحية التشريعية - محل الاعتراض والنقد (أبو هيف ص ٢٩٣ و ص ٧٧١ وهما مشبهما وتيسيه بقرة ٧٣٢ وما قاله أن مناط التمييز بين النوعين لا يزال غامضاً دقيقاً قابلاً للاغلات elle est obscure, fuyante, d'une grande subtilité)

(١) كالحكم في طلب حارس على عين متنازع فيها أو تقدير نفقة مؤقتة ، أو الحكم باستمرار البيع بالرغم من قيام دعوى الاسترداد الأولى أو طلب الحكم بإيقاف البيع بناء على دعوى الاسترداد الثانية ، وغير ذلك مما يرفع الأمر فيه إلى المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأصلية ويختص صدور الحكم فيه على وجه الاستعجال وقبل الفصل في الطلبات الأصلية المتعلقة بموضوع الدعوى . أما الطلبات الوقتية التي تقدم إلى القاضي الجزئي طبقاً لنص المادة ٢٨ من قانون للراضات فلا يصل استئناف الأحكام الصادرة فيها إلى محاكم الاستئناف ولذلك لا يجوز الطعن فيها بطريق النقض .

أما في فرنسا فالمسألة خلافية (تعليقات دالوز من بقرة ٢٠٤ - ٢١٢ وتيسيه بقرة ٩٣٥ ص ٤٥١ وهما مش ٤ الأحكام الصادرة بالجواز وعدمه) .

بجملتها أو في بعض أجزائها ، أو في بعض الطلبات أو الدفوع المقدمة فيها ، أو غيرها من المسائل الفرعية التي تنتهي مهمة القاضى فيها بصدور الحكم ويصبح بمده معزولا عن تعديله أو نقضه . فيجوز الطعن في الأحكام الفاصلة في الدفوع الشكلية بأنواعها (الدفع بعدم الاختصاص أو بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى أو ببطلان أوراق المرافعات) وفي الدفوع الموضوعية التي لا تدخل تحت حصر (كالدفع بإنكار وقوع الفعل الضار في دعوى التعويض ، والدفع ببطلان سند الدين أو بتزويره ، أو بانتفاء الالتزام بنحو وفاة أو مقاصة ، والدفع بحصول الصلح عن موضوع الدعوى أو بسبق الحكم فيه ، والدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعى أو لانتفاء مصاحبة ، والدفع بعدم قبول الاستئناف لقوات ميعاده) . وكذلك يجوز الطعن في الأحكام الفرعية القطعية الصادرة في الإجراءات الخاصة بالإثبات أو بسير الخصومة ، كالتحقيق بالبيننة والطعن بالإنكار أو بالتزوير في الأوراق ، والأحكام الصادرة في بطلان المرافعة أو انقطاعها ، الصادرة بإبطال المرافعة لغياب المستأنف^(١) ، أو بوقف الفصل في الدعوى أو بتأجيلها لأجل غير مسمى حتى ينت في نزاع آخر أو حتى تستوفي إجراءات خاصة مؤثرة في حق الخصوم ، وكذلك الأحكام الصادرة بجواز تعجيل الدعوى بعد صدور الحكم بوقفها لمثل هذه الأسباب^(٢) .

(١) قد يستند في القول بعدم جواز الطعن إلى المادة ١٢٤ من قانون المرافعات التي نس فيها على عدم قبول الطعن في الحكم الصادر بإبطال المرافعة بأية طريقة من طرق الطعن . ولسكننا نرى الجواز لكون هذا الحكم قطعا فيها صدر به ولخطورة آثاره ولأن محكمة الاستئناف قد تغطي عند إصداره في القانون فتحكم بإبطال المرافعة في غير الأحوال التي يصح الحكم فيها . ويجب عن المادة ١٢٤ بأن للنقض الوارد بها قاصر على طرق الطعن العادية . هذا ومحكمتنا الجنائية تهبل الطعن بطريق النقض في الأحكام التي تصدرها محاكم الجنح الاستئنافية باعتبار المعارضة كأن لم تكن (مجموعة القواعد القانونية ج ١٠ . حكم رقم ٣٢٥)

(٢) ن . م . م . ٢٢ يونية سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٣١ ص ١٢٨ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ٤١ ص ٦٣) وقاعدته : « إذا حكمت المحكمة بإيقاف قضية لتقديم حكم مثبت للوراثة ثم حكمت بإعادة القضية للإيقاف بعد أن يكون قدم لها حكم باعتبار أنه =

(د) — كون الحكم قد صدر انتهائياً^(١)

٢٢٠ — ومعنى كون الحكم قد صدر انتهائياً أنه صدر غير مقبول الطعن فيه بطريق الاستئناف (en dernier ressort). وقد نص على هذا الشرط في المادة ١١ إذ جاء بها « يجوز للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أى حكم نهائى — أيا كانت المحكمة التى أصدرته — فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر ». وأشير إلى اشتراطه في المادتين ٩ و ١٠ بما جاء فيهما من أن أحكام محاكم الاستئناف وأحكام المحاكم الابتدائية في قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية هى التى يجوز الطعن فيها بطريق النقض ، ذلك بأن هذه الأحكام هى انتهائية بطبيعتها ولا يتصور أن تكون قابلة للاستئناف مرة أخرى .

وإذن فالأحكام الابتدائية الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى التى لا يزال ميعاد استئنافها ممتداً ولما تستأنف ، والأحكام التى استؤنفت ولا يزال استئنافها قائماً أمام محكمة الاستئناف ، والأحكام التى صارت انتهائية بقبولها من صدرت

== مثبت للورثة وقضت هى بأنه لا يكتفى لذلك ، كانت هذه المحكمة ممنوعة من قبول طلب إعادة القضية للرافعة من غير أن يقدم لها حكم الورثة الذى أوجبت تقديمه كما تكون ممنوعة من اعتبار الحكم الأول كائناً لإثبات الورثة ، مادام أن حكمها الذى قضى بإعادة القضية للايقاف وبعدم كفاية الحكم الذى قدم لها لإثبات الورثة لم يطقن فيه بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام . وقاعدته الثانية : « إذا انحصر النزاع أمام محكمة الدرجة الأولى والثانية فيما إذا كان للمحكمة أن تقضى بقبول طلب التعجيل للدعوى بعد صدور الحكم بإيقافها لتقديم حكم مثبت للورثة ورأت محكمة النقض خطأ الحكم الاستئنافى المؤيد للحكم الابتدائى القاضى بقبول التعجيل ، فإنها إذ تنقض الحكم الاستئنافى تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتبقى موقوفة أمامها حتى يقدم الحكم الثبت للورثة » (راجع فقرة ٣٧٠ من كتابنا هذا)

(١) وقد نص فى فرنسا على اشتراط هذا العرط فى المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ وهو المجمع عليه فقها وقضاة منذ أنشئ مجلس النقض على الأقل (كاربنيه فقرة ٦٦٧ وما بعدها وتيسيه فقرة ٩٣٤ ص ٤٤٩ وما بعدها و ع . ف ٣ بوليه سنة ١٩٢٣ (١٩٢٦ د — ١ — ١٢) وملحق تعليقات دالوز فقرة ٥٧٢ و ع . ف ١٦ مارس سنة ١٩٢٨ (دالوز الأسبوعية ١٩٢٧ ص ٢٥٤)

عليه أو بفوات ميعاد استئنافها — جميعها لا يجوز الطعن فيها بطريق النقض^(١).
غير أنه قد يقع أن يستأنف الحكم النهائي وتقتضى محكمة الاستئناف خطأ
قبول الاستئناف وتقتضى في موضوع الدعوى ، ففي هذه الصورة يتعين رفع
الطعن في الحكم الاستئنافي لمحكمة النقض ، لأن هذا الحكم من جهة قد حل محل
الحكم الأول ، ولأنه من جهة أخرى قد اكتسب قوة الشيء المحكوم به ولم يطمعن
فيه^(٢) . وإذا وقع الشك فيما إذا كان الحكم انتهائياً فيجوز الطعن فيه بطريق
النقض ، أو ابتدائياً فيجوز استئنافه (كما لو كان الحكم صادراً من محكمة جزئية
ومخالفًا لحكم سابق) فيحسن بمن يريد التظلم منه ألا يكتفى باستئنافه ، بل عليه
أن يطمعن فيه بطريق النقض حتى لا ينفلق دونه الطريق الواجب السير فيه
بفوات ميعاده . ورفع الاستئناف في هذه الصورة لا يمكن اعتباره مانعاً من قبول
الطعن بالنقض لأنه لا يتضمن معنى التنازل عن هذا الطعن^(٣) .

والحكم الصادر بتأييد الحكم المستأنف هو الذي يجب الطعن فيه ، فإن قصر
الطعن على الحكم المستأنف وقع الطعن على غير محل فيكون لاغياً^(٤) .

٢٢١ — والحكم الاتهائي بالمعنى المتقدم الذكر لا يمنع الطعن فيه بطريق
النقض كونه قد صدر في الغيبة ، ولكن الطعن فيه بهذا الطريق يبقى غير مقبول
ما بقي الطعن فيه بالمعارضة جائزاً (المادة ٢٢ من قانون النقض)^(٥) .

- (١) جارسونية ص ٦٣٥ و ٦٣٦ وهامش ٨٧ و ٩٠ و ١٠١ وإنما يجوز للنائب العمومي
وحده أن يطمعن في الأحكام الابتدائية لتجاوز السلطة (ص ٦٣٧ وهامش رقم ١٢)
(٢) فائقة ٣٣ ص ٦٠ . ن . ف ١١ يولي سنة ١٨٧٠ (د ٧١ — ١ — ٩٠)
(٣) ربرتوار دالوز فقرة ٨٩ ن . ف ٩ مارس سنة ١٨٢٤ المشار إليه فيها .
(٤) جارسونية ص ٦٣١ هامش رقم ٣ ع . ف ١٥ مارس سنة ١٨٥٢ (د ٥٢ —
١ — ١٠٦) ون . ف ٢١ مارس سنة ٨٣ (د ٨٤ — ١ — ٣٩٧) وع . ف
١٣ فبراير سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ — ١ — ٣٢٠)

(٥) فهم هذا الحكم في القانون الفرنسي مما أشارت إليه لائحة ١٧٣٨ من تنقيح
الكفالة التي يجب على كل طاعن إيداعها إلى النصف إذا كان الحكم غايياً ، وما أشارت إليه
المادة الأولى من قانون ٢٧ يونيو سنة ١٨٦٢ من النص على أن ميعاد الطعن بطريق النقض
في الأحكام النهائية لا يتبدى إلا من اليوم الذي تصبح فيه المعارضة غير مقبولة (فائقة
ص ٣٤)

وقد أخذ الشارع في هذا النص بما أوجبه التفرقة التقفية بين طرق الطعن العادية ، وطرق الطعن الغير العادية من عدم جواز سلوك هذه الطرق الأخيرة إلا بعد سلوك الطرق الأولى . فلي القائب إذن أن يبدأ بالمعارضة يتوخى بها تحقيق ما يرمى إليه من إثناء الحكم التبايني أو تصديله فإذا استنفدها أو اقطعت عليه مواعيدها أو كانت هي غير جائزة اتضح أمامه طريق الطعن بالنقض ^(١) .

وهذا الحظر المنصوص عليه في المادة ١٢ يماثل الحظر الذي جاءت به المادة ٣٥١ من قانون المرافعات في باب الاستئناف ، فما قيل في تفاصيل أحكامه في ذلك الباب يصح القول به هنا ^(٢) .

(١) فإىقرة ٣٤ من ٦٢ . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم قبول الطعن في الأحكام النهائية حتى لو تنازل الطاعنون في تقارير طعونهم عن حقوقهم في المعارضة (البديكت فقرة ٣٩ ون . ف ٢٨ يناير سنة ٨٢ (س ٨٣-١-٩٥) ون . ف ٨ يولييه سنة ١٨٨٢ (س ٨٤-١-٣٩٩) و ٨ يناير سنة ٥٧ (د ٥٧-١-٧٨) . وقضت كذلك بعدم قبول الطعن فيها بالنقض قبل أن تصبح المعارضة فيها غير جائزة (ن . ف ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ ، ٩١٧ د ، ١٨٣)

(٢) وقد قلنا في مذكرات الدروس التي ألقيناها بكلية الحقوق في سنة ١٩٣٥-١٩٣٦ في باب الاستئناف « إن المحكوم عليه غاييا لا يجوز له أن يتعجل فيستأنف الحكم ، ما بقي ميداد المعارضة فيه ممتدا ، وإذا طعن فيه بالمعارضة فلا يقبل منه الاستئناف مادامت المعارضة قائمة ، ويبقى الطعن بالاستئناف غير جائز إلى أن يقضى في موضوع المعارضة أو تنتهي الخصومة فيها بحكم يزول به الحق في المعارضة ... وإذا تعدد المحكوم عليهم وكان الحكم حضوريا بالنسبة إلى بعضهم ، فلا مانع يمنع هذا البعض من الطعن فيه بالاستئناف فوراً ، إلا إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة أو كان المحكوم عليهم متضامنين ، فستدعى عليهم على المحكوم عليهم حضوريا أن ينظروا انتهاء ميداد المعارضة في حق المحكوم في غيبتهم . . . والتحقق عليه أن حكم المادة ٣٥١ يسرى على غيب المحكوم له غاييا ، فيما لم يقض له به من طلباته ... وربما صح القول بأن المحكوم له لا يكون ممنوعاً من رفع الاستئناف إلا إذا كان الحكم له في استئنافه يتناقض مع الحكم المحكوم له في معارضته ... والرأى السائد أن عدم قبول الاستئناف المرفوع قبل انقضاء ميداد المعارضة أو في أثناء قيامها يحس النظام العام لتعلقه بدرجات التقاضي وبترتيب طرق الطعن في الأحكام . ومع ذلك فإن المحاكم المختلطة تميل إلى التساهل في تطبيق المادة ٣٥١ إذ تقضى بقبول الاستئناف من المحكوم عليه في غيبته متى كان قد تنازل عن حقه في المعارضة قبل انقضاء ميادها ، ولا تقضى بعدم قبول الاستئناف من المحكوم عليه حضوريا ، بل توقف الفصل فيه إلى أن يحكم في المعارضة المرفوعة من الغائب أو يسقط حقه فيها بانقضاء ميادها أو لسبب آخر مثل التنازل عنها » (انظر هذه الذكريات ص ٦١١-٦١٢ ، وهوامشها وراجع المشاوي ج ٢ ص ٥٥٩ وهاشم ٢ ص ٦٠٠-٦٠١ وعبد الفتاح بك السيد ودرستو فقرة ٣٧ ، وجلاسون وتيسيه ج ٣ ص ٣٢٣ وجارسونيه ج ٦ فقرة ٣٢-٣٥)

٢٢٢ — والحكم الذي يصدر في موضوع المعارضة بالتأييد هو الذي يتعين رفع الطعن فيه لمحكمة النقض^(١). أما الاكتفاء بالطعن في الحكم النيابي وترك الحكم الصادر في المعارضة حتى ينتقض ميعاد الطعن فيه ويكتسب قوة الشيء المحكوم به النهائية فهو غير مجد^(٢)، لأن الحكم الصادر في المعارضة لا يمكن اعتباره أنه مؤسس على الحكم النيابي أو أنه مترتب عليه أو أنه منفذ له حتى يصح القول بكفاية الطعن فيه على تقدير أنه متى حكم بنقضه هو انتقض جميع ما ترتب عليه من إجراءات وأحكام^(٣). ومن جهة أخرى ليس الطعن في الحكم النيابي ضروريا لقبول الطعن في الحكم الصادر في المعارضة، لأن هذا الحكم إذا قضته محكمة النقض عادت قضية المعارضة أمام محكمة الإحالة فنظرها هذه المحكمة من جديد^(٤).

أما إذا كان الحكم صادراً بعدم قبول المعارضة شكلاً فيحسن الطعن في الحكمين، حتى إذا رفض الطعن في الحكم الصادر في المعارضة لا يكون الحكم النيابي الأول قد صار غير مقبول الطعن فيه بفوات الميعاد^(٥).

وإذا كانت العبرة بكون الحكم حضورياً أو غيابياً إنما هي بالواقع لا بما

(١) البديكت ققرة ٢٤٣ ون . ف ٢٠ أغسطس سنة ١٨٥٠ (س ٥١ — ١ —

٦١) وجارسونيه س ٦٣١ هاش ٣ وبرتوار دالوز ققرة ٩٩ وما بعدها .

(٢) ويرى جلاسون وتيسيه في باب الاستئناف، أنه متى كان ميعاد الاستئناف في الحكم الصادر في المعارضة لا يتقضى فإن استئناف أى الحكمين ينسحب إلى الحكم الثاني، اعتباراً بأن الستأنف إنما يقصد في واقع الأمر التخلص مما قضى به الحكمين عليه (س ٢٨٩ و ٢٩٠ و قارن جارسونيه ققرة ٢٥٧ هاش ٣ س ٦٣١ و ٦٣٢)

(٣) ع . ف ٥ يولية سنة ١٩١٧ (س ٩٢٠ — ١ — ٨) ون . ف ٢٣ أبريل

سنة ١٩٢٣ (س ٩٢٣ — ١ — ٣٤٠ و ٣٤١ وتخليق رقم ١)

(٤) ولذا كان المعتبر أن المعارضة لا تزيل الحكم النيابي (تيسيه ققرة ٨٥٥ وجارسونيه ققرة ٣٢٩) ولاحتال أن يكون للمحكوم عليه مصلحة في إبطال الحكم النيابي واعتباره كأن لم يكن، فلعل من الصواب أن يطعن في الحكمين حتى إذا امتضا أعيدت الدعوى والمحكوم إلى مثل حالتهم التي كانوا عليها قبل إصدار الحكم النيابي .

(٥) غاي ققرة ٣٤ س ٦٢

جاء بالحكم من وصف قد يكون منازراً لهذا الواقع ، فالحكموم عليه إذا اعتقد أن الحكم للوصوف بأنه حضوري هو غيائى فى الواقع يكون عليه أن يطن فيه بطريق المعارضة ، وإذا اعتقد أن الحكم للوصوف بأنه غيائى هو حضوري فالطن فيه يكون بطريق النقض . غير أنه يحسن بالطاعن أن يحتاط فى الصورتين فيطن بالمعارضة وبالتنقض معاً حتى إذا رأت محكمة المعارضة رأياً فى وصف الحكم الطون فيه غير رأيه هو لا يجد الطريق الآخر منطقاً أمامه لقوات الميعاد . على أن قضاء محكمة المعارضة عند نظرها فى وصف الحكم المعارض فيه بقبول المعارضة أو بدم قبرلها مما يمحوز الطن فيه بطريق النقض^(١) .

٢٢٣ - والأحكام الصادرة فى التماس إعادة النظر هى أحكام انتهائية ، فشأنها فى جواز الطن فيها شأن جميع الأحكام الاتهائية^(٢) .

(٨) - كون الحكم لم يسقط الطن فيه

٢٢٤ - إن الأصل فى سقوط الحق فى الطن باقضاء الميعاد المحدد له ، أن القانون متى أوجب إجراء من الإجراءات فى ميعاد معين أو فى مناسبة معينة ولم يقع الإجراء فى هذا الميعاد أو فى تلك المناسبة سقط الحق فيه وأصبح القيام به بعدما غير مقبول . والأصل فى سقوط الحق فى الطن بقبول الحكم أن قبول الحكموم عليه الحكم الصادر عليه ، قبولاً حراً غير مشوب بقل أو تدليس أو إكراه ، يتضمن فى الواقع تركاً مسقطاً لحق الطن فيه .

٢٢٥ - ولا كلام لنا الآن فى ميعاد الطن ماهو ، وكيف يحتسب ، وهل يقف وينقطع ، وما هى أسباب وقفه واقطاعه ، وهل تصاف إليه مواعيد

(١) تعليقات دالوز فقرة ٣٦١ و ٣٦٢ و ٣٦٣ ون . ف ٨ مارس سنة ١٩٠٥

(٩٠٩ - ١ - ٢٠٩)

(٢) جارسونيه ص ٦٤٣ وبريتوار دالوز فقرة ٨٢ ونهى فقرة ٣٥

مسافة ٢ إلى غير ذلك ، فالكلام فيه سيكون في موضع آخر . وإنما الذي يهمنا التنبيه عليه الآن أصران :

أولها : أنه متى اقضى ميعاد الطعن في حكم فلن يقبل الطعن في الأحكام المؤسسة عليه بالأسباب التي كان يطن بها فيه . فإذا حكم مثلاً بجواز الإثبات بالبيئة وبإحالة الدعوى إلى التحقيق واقضى ميعاد الطعن في هذا الحكم ثم قضى في موضوع الدعوى اعتماداً على ما تم فيها من تحقيق ، فإن المحكوم عليه لا يستطيع أن يبنى طعنه في هذا الحكم الأخير على أنه قد خالف القانون باعتماده على تحقيق سمعت فيه البيئة مع وجوب عدم سماعها قانوناً ، لأن الحكم القرعى الصادر بالتحقيق يكون قد اكتسب قوة الشيء المحكوم به النهائية باقضاء ميعاد الطعن فيه . أما إذا خالفت المحكمة عند قضائها في الموضوع حكمها الصادر بجواز الإثبات بالبيئة فإن قضاءها هذا يجوز الطعن فيه لخالفه القانون^(١) . وقد قضت محكمة المدنية بأنه إذا كان الحكم الملمون فيه مبنياً على حكم بالإيقاف قطعى في عدم الاختصاص وكان رافع النقض قد قبل حكم الإيقاف ، فكل وجوه الطعن للنسبة على مسألة الاختصاص يتعين رفضها^(٢) .

وثانيهما : أنه لا يترتب على اقضاء ميعاد الطعن سقوط الحق فيه في حق الخصوم فحسب ، بل في حق محكمة النقض كذلك ، لأنه معتبر من قواعد النظام العام^(٣) تقضى به من تلقاء نفسها .

٢٢٦ — ولما كان المعنى للمحوظ في اعتبار قبول الحكم الاتهابى مانعاً من قبول الطعن فيه بطريق النقض هو ما في هذا القبول من معنى إقرار

(١) كارتنييهقرة ٧٦٠ وما بعدها ون . ف أول يونيه سنة ١٨٧٠ (س ٧٠ — ١ — ٣٤٦) و ٢٩ يولييه سنة ١٨٧٣ (س ٧٤ — ١ — ٣٦٠)
(٢) ن . م . م . ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد رقم ٩٧ س ٣) (مج س ٣٤ رقم ٩٢ ص ١٩٦)
(٣) كارتنييهقرة ٨٧١ والأحكام المذكورة فيها وجار سونه فقره ٤٠١ ص ٦٩٩

المحكوم عليه بترك حقه في الطعن في الحكم ، وإثبات حق خصمه عليه في عدم تعرضه له في الحقوق المحكوم بها ، فقد أجروا عليه كثيراً من أحكام الإقرار وترك الحقوق صلحاً ، واشتروا في القبول الضمني أن تكون دلالة على هذا المعنى قطعية لا تختمل الشك ،

فمن هذه الأحكام : (أولاً) أن قبول الأحكام الصادرة في المسائل المتعلقة بالنظام العام لا يمنع من الطعن فيها اعتباراً بما في قبولها من معنى الصالح ، والصالح في هذه المسائل غير جائز (المادة ٥٣٣ من القانون المدني)^(١).

(ثانياً) أن الإقرار بترك الحق في الطعن حجة قاصرة على من ترك ، فلا يجوز الاحتجاج به على غيره ، حتى في حالتى التضامن وعدم التجزئة^(٢).

(١) ومن قضاء محكمة التقضى الفرنسية أنها حكمت — في طعن رفع لها عن حكم قضى بعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى لاختصاص السلطات الإدارية بها — برفض الدفع بعدم قبول الطعن لقبول المحكوم عليه هذا الحكم ، وبنت حكمها على أن المسألة التقضى فيها تتعلق بأصل الفصل بين السلطات العامة وهو من أصول النظام العام (ن . ف . ٢٨ يناير سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٣ — ١٠) وانظر ن . ف ٩ أبريل سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٧ — ١ — ٣١٧) وفى فقرة ٥٢ ص ٨٠ ن . ف ٣ يناير سنة ١٩٢٣ (س ٩٢٣ — ١ — ٢٠٧) وتتلخص القضية التى صدر فيها هذا الحكم الأخير فى أن محكمة ابتدائية قضت بالتفريق بين زوجين ، فرفع الزوج بعد انقضاء المواعيد التماساً بإعادة النظر فى الحكم إلى المحكمة الابتدائية التى أصدرته ، فقضت بعدم قبول التماس بناء على أن الطعن بالتماس لإعادة النظر لا يكون مقبولاً إلا إذا كان الحكم صادراً بصفة انتهائية ، والحكم المطعون فيه بالتماس لم يكن كذلك لأنه كان قابلاً للاستئناف . فاستأنف الزوج هذا الحكم الأخير ، فألغته محكمة الاستئناف وأحالت الدعوى على التحقيق ثم نفذ الطرفان حكم التحقيق ، ثم قضت محكمة الاستئناف فى الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف ، فطلعت الزوجة فى الحكمين الصادرين من محكمة الاستئناف بانية طعنهما على أن التماس إعادة النظر لا يكون إلا فى حكم صادر بصفة انتهائية . فدفع الزوج بعدم جواز الطعن فى الحكم الأول ، لأن خصمته قد قبلته ونفذته ، فقضت محكمة التقضى برفض هذا الدفع وبنقض الحكمين وإعادة الخصمين إلى ما كانا عليه قبل صدورهما ، وقالت فى أسباب حكمها إن أول الحكمين المطعون فيهما كان صادراً فى مسألة متعلقة بقاعدة درجات التقاضى التى هى من النظام العام ، فلا يجوز الدفع بقبول الحكم لصدوره فى مسألة تتعلق بالنظام العام . وراجع ن . ف ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (س ١٩٣٣ — ١ — ١٤٠) وفى هذه القضية كان يدعى على الطاعن أنه قبل الحكم المطعون فيه ، وكان هذا الحكم صادراً من إحدى المحاكم الإسلامية القائمة فى بلاد الجزائر فى قضية هى من اختصاص المحاكم الفرنسية القائمة فى تلك البلاد أيضاً ، وقد رفض الدفع بعدم قبول الطعن بناء على أن الحكم المدعى قبوله قد صدر فى مسألة تتعلق بالنظام العام .

(٢) ففى آخر صفحة ٨٠

(ثالثاً) أن قبول المحكوم عليه الحكم لا يتوقف على رضا خصمه ، لأنه تصرف تام بنفسه نافذ على صاحبه . والأصل أن قبول أحد الخصمين الحكم الصادر عليه ببعض طلبات خصمه — ورفض البعض الآخر — معتبر أنه معلق على قبول هذا الخصم لذلك الحكم فيما حكم عليه هو الآخر به ، فإن رده بطل^(١) وجاز الطعن ؛ قياساً على ما جاء في نص المادة ٣٥٧ من قانون المرافعات الأهلى المقابلة للمادة ٤٣٣^(٢) من قانون المرافعات الفرنسى من أنه « إذا طالب أحد الخصوم استئناف الحكم جاز للخصم الآخر — فضلاً عن حقه في طلب الاستئناف أصلياً في الميعاد المقرر — أن يطلب استئناف ذلك الحكم طلباً فرعياً ما دامت المرافعة قائمة في محكمة الاستئناف ولم يترك الطالب الأول دعواه فيه ، ولا يمنع الطالب الثانى سبق قبوله للحكم المذكور »^(٣) .

ولا يمتنعنا من إجراء هذا القياس ما جاء بالمذكرة الإيضاحية من أن المشرع « لم ينص على النقض القرعى ، إذ رأى أنه ليس من المرغوب فيه أن تسهل للخصم الذى لم يرزوماً للطعن فى الحكم من تلقاء نفسه ، طريقة الطعن

(١) أما إذا كان قبول الخصم للحكم بعد تقديم الطعن فيه من خصمه وعلمه هو به ، فلا يمكن اعتباره مطلقاً على قبول الخصم الآخر ، تطبيقاً لدلالة الحال (فائى ص ٨١)
(٢) وقد أخذت محكمة النقض المصرية بقاعدة افتراض التطبيق في قبول الحكم في حكمها المؤرخ في ١١ أبريل سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد ص ٣ رقم ٤٤ والمحاماة ص ١٢ رقم ٤٨٥ ص ٩٧٤) فقالت : للضامن كما للمضمون الحق في الطعن بالنقض في الحكم القاضى باستحقاق القمار المبيع الغير بحيث لو طعن الضامن بالنقض في هذا الحكم وقضى برفض طعنه ، فذلك لا يمنع المضمون من تقديم طعن جديد باسمه شخصياً . ولا يشترط لوجود هذا الحق سوى اتصال الدعوى الأصلية بدعوى الضمان اتصالاً وثيقاً لا انفكاك له ، ويكون الضامن قد دافع في الدعوى مماً . على أن قبول المضمون للحكم الصادر في الدعوى الأصلية مفروض تطبيقه على قبول الضامن لهذا الحكم .

(٣) (جارسونيه ققرة ٤٠٢ ص ٦٩٩ — ٧٠٠ وكاربه ج ٤ المسألة ١٧٨٠)
تختلف المادة ٣٥٧ من القانون الأهلى عن المادة ٤٤٣ من القانون الفرنسى في أن المادة المصرية قد صرحت بأن سبق قبول المستأنف عليه الحكم لا يمنعه من رفع الاستئناف القرعى . أما المادة الفرنسية فلم تذكر إلا سبق إعلان المستأنف عليه الحكم الاجتهادى للستائف بغير اعتراض منه عليه ، اعتباراً بأن هذا الإعلان يكون عندئذ قرينة قانونية على قبول الحكم .

فيه بمناسبة طعن غيره ، فإذا كان لتلك الخصم أسباب شخصية تحصله على الطعن في الحكم الاستثنائي فيرفع عنه تنصاً بصفة أصلية ، وهذا الطعن يضم بالضرورة إلى الطعن الأول جمعاً لكل الإجراءات التي تنشأ عن قضية معينة وتوجد لها ، ويفصل فيه في الوقت الذي يفصل في الطعن الأول » . لا يمتنع هذا الذي جاء في هذه المذكرة من القول بجواز الطعن في الحكم من الخصم الذي قبله متى رفع خصمه طعنه فيه ، لأن الذي قصده الشارع إنما هو إبداء الخصم طعنه الفرعي بالجلسة أو بالمذكرات التي يقدمها كما يبدى الاستئناف الفرعي بنحو ذلك ؛ أما رفع الطعن الفرعي بمثل ما يرفع به الطعن الأصلي من تقريره بقلم الكتاب فلا يمتنع سبق قبول الحكم ، لأن هذا القبول مفروض تعليقه على قبول الخصم الآخر ، فإن لم يقبل بطل التعليق وعاد القابل إلى أصل حقه في الطعن ^(١) .

(راجعاً) أن ما يكون به قبول الحكم من قول أو عمل أو إجراء يجب أن يكون دالاً على ترك الحق في الطعن دلالة لا تحتل الشك . وسواء أكان القبول عاماً وشاملاً لكل الحكم أم خاصاً ببعض أجزائه ، وسواء أكان غير مقيد بقيد أم معلقاً على شرط ، فهو خاضع لتقدير محكمة النقض ^(٢) . فعدم إعلان الحكم لا دلالة فيه على قبوله ؛ وإعلانه بغير اعتراض عليه ولا تحفظ بحق الطعن فيه

(١) وما قلناه من أحقية المدعى عليه في طلب نقض الحكم من جانبه على الرغم من سبق قبوله إياه يميز لنا القول بأحقية في هذا الطلب بعد انقضاء المبدأ ، وذلك قياساً على ما هو مقرر في هذا الشأن في باب الاستئناف واعتباراً بأن تفويت المبدأ — في البابين — هو من قبيل الرضا بالحكم فيجب افتراض تعليقه على قبول الخصم الآخر (جارسونيقرة ٤٠٢ والمراجع المذكورة به)

(٢) فأي ققرة ٥٣ من ٨١ وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قبول بعض أجزاء الحكم لا يمنع من الطعن في البعض الآخر (ن . ف ١٨ مارس سنة ١٨٧٨) (س ٧٨ — ١ — ١٩٣) إلا إذا كان بين هذه وتلك من الارتباط الوثيق مالا يسمح باعتبار الحكم متعدد الأجزاء (ن . ف ٦ أغسطس سنة ١٨٩٥) (س ٩٦ — ١ — ١٢٤) . ويرى فأي أنه ينبغي لمحكمة النقض أن تنقض من نقضها بعدم قبول الطعن متى استيقنت أن الطاعن قد قبل الحكم الطعون فيه (فأي بآخر الققرة ٥٤ من ٨٣) وهذا الرأي محل نظر .

لا يعتبر وحده دليلاً على القبول^(١)، لاحتمال أن يكون الترض من إعلانه هو مجرد جريان ميّاد الطعن بالمعارضة أو بطريق النقض في حق من أعلن له الحكم.

وقيل المحكوم عليه بتنفيذ الحكم بد التنبية عليه بالوفاء، أو أثناء إجراءات التنفيذ الجبري، لا يصح قانوناً اعتباره قبولاً للحكم مانماً من الطعن فيه، لأن ما يقتضيه هذا التنفيذ من قيام الإكراه المانع يتنافى مع وقوع القبول بالرضا والاختيار^(٢).

والتنفيذ بمحض الرضا والاختيار لا يمكن اعتباره وحده دليلاً على القبول، لأن الحكم كان واجب التنفيذ والطعن فيه بطريق النقض ما كان ليوّقف تنفيذه، والمحكوم عليه قد تكون نيته في التنفيذ مجرد تمادى التنفيذ الجبري وإقاء

(١) هذا في مصر. أما في فرنسا فاللادة ٤٤٣ من قانون المرافعات تدل على أن مجرد إعلان الحكم بغير اعتراض عليه ولا احتفاظ بحق الطعن فيه يعتبر قرينة دالة على قبوله (قائقرة ٥٤ وهامش رقم ١٦ وكاربنتيه ققرة ٨٣٦ وحكم ٥ مايو سنة ١٨٧٤ (س ٧٥ - ١ - ٣١) ون. ف أول يولييه سنة ١٩٠١ (د ٩٠١ - ١ - ٢٠٤) إلا إذا قامت قرينة أخرى تدل على عدم قبول الحكم أو على قبوله مطلقاً على رضا الخصم، كان يظهر أن الإعلان كان لمجرد الاستكشاف عن رأي الملن له الحكم في قبوله (حكم ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٦١ س ٦٢ - ١ - ١٠٥٣) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن إعلان الحكم للخصم التنبية بالقيام بتنفيذ ما حكم به للملن لا يمكن اعتباره قبولاً منه للحكم بالنسبة لما حكم به عليه (١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ (١ - ١ - ٣٣٤ وقائقر ٨٣ هامش ١٥) ون. م. م. ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٥ (القانون والاقتصاد س ٦ ص ٦ رقم ٢ والمحاماة س ١٦ رقم ٢٠٣ ص ٤٦٣) وقاعدته: إذا كان الحكم المطعون فيه يقضى لمصلحة الطاعنين ببعض طلباتهم، ويقضى عليهم لمصومهم ببعض طلباتهم، وكانت الطلبات التي قضى فيها متميزة بعضها عن بعض، ومستقلة الواحد عن الآخر، فصدور مثل هذا الحكم على مثل ما صدر به يحمله متدد الأجزاء من جهة تطبيق أحكام جواز الطعن أو تطبيق أحكام عدم جوازه لأعضاء الميعاد أو لقبول الحكم. وقيام الطاعنين بإعلان هذا الحكم لجميع المصوم مع كونه صادراً لمصلحتهم ولغير مصلحتهم وبما يمكن تنفيذه جبراً وبما لا يمكن تنفيذه جبراً، وتنبههم إلى وجوب تنفيذه، وقبولهم تنفيذ الحكم في بعض أجزائه المحكوم فيها لصالحهم مع احتفاظهم بمخفهم في الطعن بطريق النقض في الأجزاء الأخرى الصادرة في غير مصلحتهم. ذلك لا يمنعهم من الطعن فيما حكم فيه لغير مصلحتهم.

(٢) قاي ص ٨٢ وكاربنتيه ققرة ٧٨٠ وبما بعدها.

أضراره^(١) ومصاريفه ، أو قد تكون له مصلحة حقة تقوته إذا لم يتم بتنفيذ الحكم قبل الطعن فيه^(٢) . على أنه يحسن بالحكموم عليه كلا ترأت له مصلحة في القيام بتنفيذ الحكم قبل شروع خصمه فيه بالطرق الجبرية أن يتحوط فيثبت في أوراق التنفيذ ما يدل على أنه محتفظ بحقه في الطعن في الحكم .

وتجربى محكمة النقض على الاحتياط في تقدير أعمال التنفيذ وإجراءاته ، فلا تستخلص منها معنى قبول الحكم وترك الطعن فيه ، إلا إذا كانت قوية الدلالة على ذلك .

ففي قضية تمويض عن تعطيل جريدة عطلها مجلس الوزراء مدة معينة بقرار أصدره في حدود سلطته التي خولها بقانون المطبوعات الصادر في سنة ١٨٨١ ، قضت محكمة الاستئناف بإحالتها إلى التحقيق لإثبات عدم صحة الأسباب الواردة بقرار التعطيل ، ثم رفضت الحكومة طعناً في الجانب القطعي من هذا الحكم الذي قضت فيه المحكمة باختصاصها بنظر ما إذا كان قرار التعطيل قد أصدره مجلس الوزراء بقصد المحافظة على النظام العام كما جاء بأسبابه أم أصدره متهاكاً حرمة القانون ومخالفاً لروحه ، فدفع صاحب الجريدة بعدم قبول الطعن لاشتراك الطاعنة في تنفيذ الحكم المطعون فيه بحضور مندوبها جلسة التحقيق ومواقفته على إحالة القضية على جلسة المرافعة بعد إتمام التحقيق — قضت محكمة النقض برفض هذا الدفع وقالت في أسباب حكمها إن كل ما جرى بجلطة التحقيق الوحيدة التي

(١) فائى ص ٨٢ ، ون . ف ١٨ يولي سنة ١٨٩٥ (٩٥ د - ١ - ٥١٠)

وكاربتيه فقرة ٧٦٧ وما بعدها .

(٢) من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن بائع الغار المحكوم عليه بعدم قبول دعوى فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع الثمن ، لا يعد قابلاً لهذا الحكم ومتنازلاً عن حق الطعن فيه بالنقض إذا هو دخل في توزيع ثمن الغار عند يمه جبراً على ذمة من اشتراه من ذلك المشتري وطلب توزيع ما تبقى له من ثمن على خصه ، لا تبينه محكمة النقض من أنه لم يدخل هذا التوزيع إلا محافظة على ما عسى أن يكون حقاله في الدعوى قبل خصمه . انظر ن . ف ٢٥

نوفبر سنة ١٨٦٢ (س ٦٣ - ١ - ٨٩)

عقدت عقب إنشاء محكمة النقض هو أن محامى صاحب الجريمة طلب إحالة الدعوى إلى المرافعة فواقعه مندوب الوزارة ، وليس في هذا ما يدل لاصراحة ولا ضمنا على قبول الجانب القطعى من الحكم وترك الطعن فيه ^(١) .

ولكن في قضية أخرى كانت محكمة الاستئناف قد قضت برفض الدفع بعدم قبول الاستئناف شكلا وحكت بتهديا بإحالة القضية الى التحقيق ، ثم حكمت بعد إجراء التحقيق بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى المستأنف ، ثم طعن في هذين الحكمين ودفع بعدم قبول الطعن في الحكم الأول الصادر بقبول الاستئناف شكلا ؛ فقضت محكمة النقض برفض هذا الدفع وقالت في حكمها إنها ترى — بالنسبة لظروف الدعوى — أن تنفيذ الحكم التمهيدى يمكن اعتباره قبولاً ضمناً للجانب القطعى من الحكم المطعون فيه مانعاً من قبول الطعن ^(٢) .

وفي قضية أخرى كانت محكمة استئناف مصر قد حكمت بإلزام الحكومة بأن تعوض موظفاً أقالته على المعاش ، وسحب المحكوم له صورة الحكم للتنفيذ به في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٧ وسلمها لوزارة الداخلية طالباً صرف المبلغ المحكوم به ، فصرفته له مع المصاريف وأتماب المحاماة في أول إبريل سنة ١٩٢٧ ، ثم رفعت الحكومة بعد ذلك طعناً في هذا الحكم بعد أربع سنوات من إنشاء محكمة النقض . حكمت محكمة النقض في هذه القضية بعدم قبول الطعن وقالت في أسبابه — بعد أن أحصت الظروف التي استدلت بها على قبول الحكم المطعون فيه — ما نصه : « كل ذلك فيه دلالة تامة على أن الوزارة أغضت ضللاً خصمها من إعلان الحكم إعفاء نهائياً ، وأنها أرادت تسوية مركزها منه ومركزه منها بما

(١) ن . م . م . ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٦ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٨٥ س ٩٨٣)

(٢) ن . م . م . أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٢ والمحاماة س ١٣ رقم ٢٦٦ س ٥١٧) والظروف التي استند إليها في الحكم هي حضور الطاعن جلسة التحقيق الأولى وطلبه التأجيل لاعلان مهبوده ثم إعلانه لم ثم تقديمه مذكرة في الموضوع طلب فيها تأييد الحكم المستأنف .

يحقق لكل منهما الاستقرار والاطمئنان ، وحيث إن قبول الحكم وتنفيذه بالرضا على مثل الوجه للتقدم الذكر يسقط حق من هذه في الطعن فيه ، حتى إذا لم يكن قد أعلن إليه الحكم بالطريق العادي ^(١) .

عدم اشتراط كون الحكم صادراً بعد العمل بقانون محكمة النقض

٢٢٧ — ولا يشترط لجواز الطعن في الحكم أن يكون صادراً بعد العمل بقانون محكمة النقض . وقد قضت هذه المحكمة بأن منوط الحق للمكتسب على مقتضى قانونها إنما هو كون الحكم الصادر في عهد القانون القديم قد أعلن واقضى ميعاد الطعن فيه قبل بدء العمل بالقانون الجديد . أما الأحكام الصادرة في عهد القانون القديم التي لم تعلن للآن ، والتي أعلنت ولم يمض عليها ميعاد الطعن عند وجوب العمل بالقانون الجديد ، أو التي أعلنت بعد العمل بهذا القانون ، فإنها جميعاً يجوز الطعن فيها أمام محكمة النقض ، بشروطه وقيدوده ومواعيده ^(٢) . ثم

(١) ن . م . م . ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ (الحاماة س ١٥ ق ١ رقم ١٠٠ من ٢١٣ والقانون والاقتصاد س ٥ رقم ٢٠ من ٥٦) ون . م . م . ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ (الحاماة س ١٦ رقم ١٤ من ٢٥) وقاعدته : متى رضى المحكوم عليه بالحكم الصادر عليه وقبل تنفيذه دون أي تحفظ قبولاً ضمناً ، فلا يجوز له الطعن في هذا الحكم بطريق النقض لمجرد عدم إعلانه إليه إلا قيل تقرير هذا الطعن ، إذ أن قبول تنفيذ الحكم يدل على أنه اعتبره حكماً محدداً لعلاقته بنفسه تعديلاً نهائياً . وراجع ن . م . م . ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٧ من ٣٦ والحاماة س ١٦ رقم ١٠٨ من ٤٨١) وقاعدته : إذا كان الثابت من المكاتيب المتبادلة بين المحكوم له والمحكوم عليه أن المحكوم عليه استعمل المحكوم له ورجاه في عدم اتخاذ إجراءات جبرية قبله ، ثم قام هو بتنفيذ المحكوم عليه به كله على دفعتين ، ثم سلم صورة الحكم التنفيذية مؤثراً عليها من المحكوم له بالتخالف ثم أقر بذلك في خطاب منه بنفسه كل المحكوم به من أصل وقائفة ، ومصارف بغير تحفظ ما ، فذلك يدل على أن المحكوم عليه قد قبل الحكم الصادر عليه قبولاً نهائياً ونفذه راضياً ، وهذا القبول يمنه من بعد من الطعن في هذا الحكم بطريق النقض .

(٢) حكم ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣١ (الحاماة س ١٢ رقم ١١٦ من ٢٠١ ومع س ٣٢ من ١٨٤ من ٣١٧) . وقد استعمل هذا الحكم بأنه لا محل للبحث في معنى الحق المكتسب ، ولا في معنى سريانه على الحوادث السابغة على تاريخ العمل به ، وما قام بشأن ذلك من الخلاف =

قررت في حكمها الصادر في ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ السابق الذكر أن ما جرى به قضاؤها من أن الحق المكتسب للمانع من الطعن مناطه — على مقتضى قانون محكمة النقض — هو كون الحكم الصادر في عهد القانون القديم قد أعلن واقضى مياد الطعن فيه قبل بدء العمل بالقانون الجديد ، وأن الأحكام الصادرة في عهد القانون القديم ولم تعلن للآن أو أعلنت ولم يمض عليها مياد الطعن عند وجوب العمل بالقانون الجديد إذا أعلنت بعد العمل به يجوز الطعن فيها أمام محكمة النقض — ما جرى به القضاء من ذلك لا يترتب عليه مطلقاً صحة القول بأن الأحكام الالتهائية التي تكون قد صدرت في عهد القانون القديم ولم تعلن للمحكوم عليهم جميعها يجوز الطعن فيها بطريق النقض حتى ولو كان قد قبلها الخصم وتذها برضائه متجاوزاً عن إعلانها إليه ؛ بل إذا كان المحكوم عليه قد قبل الحكم الصادر ضده قبولاً نهائياً دالا على استقرار مركزه من خصمه ومركز خصمه منه على الرغم من عدم إعلانها ، فقبوله الحكم وتنفيذه بالرضا على الوجه المتقدم يسقط حقه في الطعن فيه حتى ولو لم يكن قد أعلن إليه بالطريق المعتاد .

== الفقهى ، ما دام الشارع قد أشار في قانون محكمة النقض إلى ما يجب اتباعه بالنسبة للأحكام الصادرة قبل العمل به . ثم قال الحكم إن الشارع في المادة التاسعة من هذا القانون قد نس على جواز الطعن في الأحكام الالتهائية بغير أن يقيد بها بكونها الصادرة في عهد القانون الجديد ، ثم بد أن أورد ما قرره الشارع بنس المادتين ١٤ و ١٥ من قانون محكمة النقض والمادة العاشرة المكررة التي أضيفت إلى قانون المحاماة الصادر في ٢٦ أغسطس سنة ١٩١٢ بمقتضى المادة السادسة من قانون محكمة النقض ، ثم ما قرره بالمادة ٤٧ من هذا القانون — بد ذلك قال الحكم إنه يتضح من نس هذه المادة الأخيرة أن الشارع قد أراد مد سلطان قانونه الجديد على الأحكام الصادرة قبله ، فاعتبر الأحكام التي أعلنت واقضى فيها المياد (٣٠ يوماً) عند وجوب العمل بالقانون الجديد أنها قد أصبحت من الحالات القانونية الثابتة التي لا يصح مساسها واعتبر ماعدائها من الأحكام وهي ما لم يعلن بد أو أعلن ولم ينعى عليه المياد ، من الأحوال التي يعطف إليها القانون الجديد ، ولذلك عني بالنس على مياد الطعن فيها . ثم قال : والظاهر أن الشارع في أخذه بهذا الناط على ما ذكر لم ير حاجة للنس على مد مياد الطعن بالنسبة للأحكام التي لم تكن أعلنت عند العمل بالقانون الجديد لأنها إن بقيت بدون إعلان فيماد الطعن فيها تمت بطبيعته ما دام المياد لا يبتدئ إلا من يوم إعلانها ، وإن أعلنت بعد العمل بالقانون الجديد فقد شملها وقضى لها بامتداد المياد .

الفصل الثالث

فيما يجب توافره في الحكم من الشروط الخاصة

٢٢٨ — تشترط المادة ١٠ من قانون محكمة النقض لجواز الطعن في أحكام المحاكم الابتدائية لمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله : (أولاً) أن يكون الحكم صادراً في استئناف (وثانياً) في قضية من قضايا وضع اليد أو في مسألة اختصاص نوعي أو متعلق بوظائف المحاكم الأهلية .

أولاً — كون الحكم صادراً في استئناف

٢٢٩ — أما اشتراط كون الحكم صادراً في استئناف فالمقصود منه إخراج الأحكام التي تصدرها هذه المحاكم الابتدائية بصفتها درجة أولى ولا يكون الاستئناف فيها مقبولا بحسب نوعها أو قيمتها . والحق أن هذا الشرط يكاد يفي عنه شرط كون الحكم صادراً نهائياً ، لأن الأحكام الصادرة في مسائل الاختصاص من المحاكم الابتدائية بصفتها محاكم الدرجة الأولى كلها مما يجوز استئنافه عملاً بالمادة ٣٥٠ مرافعات ، فلا يتصور القول بجواز الطعن فيها بالنقض مباشرة ؛ ولأن قضايا وضع اليد داخلة جميعها في اختصاص القاضي الجزئي ، فلا يتصل بها قضاء المحاكم الابتدائية إلا عند استئناف الأحكام الصادرة فيها ، اللهم إلا إذا رقت قضية وضع اليد مباشرة إلى المحكمة الابتدائية باتفاق الخصوم وكان حكمها انتهائياً ، ففي هذه الصورة وحدها تظهر فائدة النص على ذلك الشرط للاستناد إليه في القول بعدم جواز الطعن في الحكم بالنقض .

ثانياً — كونه صادراً في قضية وضع يد أو في مسألة اختصاص

٢٣٠ — (١) في قضية وضع يد : قد علت للذكرة الإيضاحية جواز الطعن في الأحكام الصادرة في قضايا وضع اليد « بما لها من الأهمية بالنسبة للخصوم وبما تثيره من النقط القانونية الدقيقة » . وفي الحق أن الكلام في أنواع قضايا وضع اليد وفي شروط كل منها — سواء أطلعت هذه الشروط بالمقار أم بوضع اليد أم بمن ترفع عليه الدعوى — والكلام في طبيعة هذه الدعاوى وفي أثر الحكم الصادر فيها وفي قوته وفي جواز الجمع بينها ودعوى الملكية — الكلام في ذلك كله وفي غيره مما يتصل به فيه فقه كثير يجب أن يكون المرجع الأعلى فيه لحكمة التقض .

٢٣١ — ولا يشترط لجواز الطعن في الحكم الصادر في قضية وضع اليد أن يكون حاسماً لمادة الدعوى برمتها ، بل يكفي أن يكون قد حسم الخصومة في إحدى مسائلها ، كالحكم الصادر في الدفع بعدم قبول دعوى استرداد الحيازة لأن راضها لم يكن إلا مجرد حائز للمقار لا واضح يد عليه ، أو لأنه لم تمض على حيازته سنة ، أو في الدفع المبني على أن المدعى عليه — إذ لم يكن شريك الغاصب ولا واحداً من خلفائه — لا يصح اختصاصه في دعوى استرداد الحيازة ، أو في الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض الفرعية التي يرضها المدعى عليه تأسيساً على دعوى منع التعرض الأصلية التي يرضها المدعى ، وكالحكم الصادر بوقف دعوى وضع اليد حتى يفصل في دعوى الملك أو بعدم صحة المستند المقدم فيها أو بصحته ، أو في الدفع بأن المقار من الأملاك العامة التي لا يصح قانوناً أن تكون محلاً ليد محترمة ، أو في الدفع بعدم قبول الدعوى لتضمنها الجمع بين طلب تثبيت الملك وطلب منع التعرض في وضع اليد ، أو في الدفع بنقوض دعوى وضع اليد لرفع مدعيها بعد السير فيها دعوى الملكية .

بل لا يشترط أن يكون الحكم صادراً في مسألة من مسائل وضع اليد ، وإنما يكفي أن يكون صادراً في قضية من قضايا وضع اليد^(١) . فيجوز الطعن في الأحكام الصادرة في الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة الخصم أو لسبق الفصل فيها أو لحصول الصلح عنها ، أو في طلب بطلان المرافعة ، أو في الدفع بعدم قبول الاستئناف أو في غير ذلك من المسائل التي يعرض أمثالها في كافة أنواع القضايا . بل يجوز الطعن — كما قلنا — في الحكم الصادر ببطلان إجراءات الدعوى مثل صحيفة الاستئناف أو محضر التحقيق أو تقرير الخبراء .

وقد أثارت محكمة النقض هذه المسألة عند نظرها طعناً كان مبناه أن الحكم الاستئنافي قد اعتبر دعوى وضع اليد المرفوعة من الدعاوى المستعجلة وقضى لذلك بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد ميعاد العشرة الأيام الذي حددته المادة ٣٥٥ من قانون المرافعات لاستئناف الأحكام الصادرة في الدعاوى المستعجلة المشار إليها في المادة ٢ من قانون المرافعات ، قالت : « وحيث إنه ربما يظن أن الطعن الحالي غير منصب على مخالفة القانون في القواعد الخاصة بدعاوى وضع اليد بخصوصها بل إنه منصب على وصف الدعوى الصادر فيها الحكم من جهة استعجالها وعدم استعجالها — مما يعرض مثله في الدعاوى سواء أكان موضوعها وضع اليد أم كان غيره — وأن ذلك يكون من الشبه التي يقال معها إن الطعن غير مقبول . ولكن يلاحظ أن نص المادة العاشرة بينما هو يضيّق في الفقرة الثانية فيقر أن يكون الحكم صادراً في مسألة اختصاص بخصوصها إذا هو في الفقرة الأولى يطلق ميدان الطعن

(١) ومن تطبيقات محكمة النقض أنه صدر لخص حكم على آخر تسليم عقار ، وعند تنفيذه ادعى ثالث أنه مالك العين وانتهت معارضته في التنفيذ باستجاره العين من صدر له الحكم ، فرفع هذا المستأجر بعد ذلك على مؤجره دعوى منع التعرض وطلب فيها إلغاء عقد الإجارة وحكم له بطلائه ، ولما طعن خصمه في هذا الحكم بطريق النقض دفع هو بعدم جواز الطعن في شطر الحكم الخاص بإلغاء عقد الإجارة لعدم تعلقه بوضع اليد ، فرفضت محكمة النقض هذا الدفع وقالت : إن الحكم كله يعتبر صادراً في قضية من قضايا وضع اليد يجوز للمحكوم عليه الطعن فيه (٢ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة س ١٣ ص ١٥٧ رقم ٦٢ ومج س ٣٣ رقم ٢٠٧ ص ٤٢٥)

فيجعله شاملاً لجميع صور الأحكام في قضايا وضع اليد ، مما يفيد أن الطعن يجوز في كل حكم صادر في قضية وضع يد سواء أ كان مبناه مخالفة القانون في مسألة من مسائل وضع اليد بخصوصه أم في مسألة عرضية متصلة بقضية وضع اليد ، كسألة وصف الدعوى الحاصل بخصوصه الطعن الحالي وهل هي مستبعدة قصيرة ميعاد الاستئناف أم عادية الميعاد استئنافها هو ميعاد الاستئناف المعتاد » ولذلك حكمت بقبول الطعن شكلاً^(١) .

٢٣٢ - (ب) في مسائل الاختصاص : مسائل الاختصاص المنصوص عليها في المادة ١٠ هي مسائل الاختصاص بحسب نوع القضية^(٢) ، وبحسب أحكام المادتين ١٥ ، ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية^(٣) .
وتقول المذكرة الإيضاحية في تحليل جواز الطعن استثناء في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة انتهائية في مسائل الاختصاص^(٤) « إن مسائل

(١) ن . م . م ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ (الممامة س ١٥ ق ١ رقم ١١٤ س ٢٤٣ ومج . س ٣٦ عد ٨٨ ص ٢١٧)

(٢) يراد بقواعد الاختصاص النوعي تلك القواعد التي اعتمدها الشارع في توزيع القضايا الداخلة في وظائف المحاكم الأهلية بين طبقات هذه المحاكم طبقة طبقة ، وبهذا المعنى يقال إن هذه القضية مثلاً هي من اختصاص القاضي الجزئي وتلك من اختصاص المحاكم الابتدائية ، كما يقال لا اختصاص لمحكمة الجناح في نظر تلك الدعوى المدنية التي رفعت إليها ، ولا اختصاص لمحكمة الاستئناف في الدعوى التي لم ترفع أصلاً إلى المحكمة الابتدائية . والظاهر من نص المادة ١٣٤ أن الاختصاص النوعي ليس من النظام العام ، ولكن عدم الاختصاص المبني على كون الدعوى قد رفعت لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، والمبني على أن الدعوى قد رفعت إلى محكمة جنائية مع أنها غير متصلة بدعوى عمومية ، معتبران من النظام العام .

(٣) ويراد بهذا الاختصاص ، الاختصاص للتعلق بوظائف المحاكم الأهلية بالنسبة لغيرها من المحاكم أو جهات الحكم الأخرى .

(٤) ولا يصح الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة استئنافية في مسائل الاختصاص المركزي أو المحلي . والمراد به اختصاص كل محكمة معينة من طبقة معينة بما أعطى لها من حق الفصل فيه من القضايا الداخلة في اختصاصها النوعي . وقواعد الاختصاص المركزي أو المحلي مبينة بالمادة ٣٤ من قانون المرافعات .

أما الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في مسائل الاختصاص المركزي فيصح الطعن فيها بمخالفتها للقانون في قواعد هذا الاختصاص ، عملاً بالنس العام الوارد بالمادة ١٠

الاختصاص الجزئي ما كانت لتعرض على محكمة التبضع لو كانت الأحكام التي تنصّل فيها استثنائياً لا يقبل الطعن فيها أمام هذه المحكمة ، ولا ينبغي أن هناك مصلحة كبرى في أن تختص محكمة التبضع في جميع المسائل المتعلقة باختصاص القضاء في كل درجاته .

وإذن فالأحكام الصادرة في الدفع بعدم اختصاص المحكمة الجزئية بنظر الدعوى بناء على المادة ٢٦ أو ٣٠ من قانون المرافعات ، كالدفع مثلاً بأن المدعي لم يصف إلى قيمة الطلب الأصلي ما يجب أن يضاف إليها مما عده هو من الملحقات ولم يكن كذلك في الواقع^(١) ، أو الدفع المبني على أن الدعوى تتضمن طلبات متعددة ناشئة عن سبب واحد يجوز جمع قيم بعضها على قيم البعض الآخر ، أو المبني على أن الدعوى رفضها متعددون على مدعى عليه بسند واحد فيجب ضم طلبات بعضهم إلى طلبات الباقين ، أو المبني على أن الدعوى يجب أن تقدر قيمتها على أساس آخر غير الذي على موجه قدر المدعي قيمة دعواه ، كأن تكون دعوى استرداد محجوز عليه فيقدرها راضها بقيمة دين الحاجز لا بقيمة ما حجز عليه من النقولات ، أو تكون الدعوى متضمنة طلب الحكم بصحة عقد الإجارة فلا يقدرها راضها بقيمة الأجرة في جميع المدة وهكذا — تلك الأحكام جميعها هي مما يجوز الطعن فيه بطريق التبضع .

٢٣٣ — وكذلك الأحكام الصادرة في الدفع بعدم ولاية المحاكم الأهلية

(١) ولهذا خضت محكمة التبضع حكم محكمة استئنافية صادرا بعدم اختصاص المحكمة الجزئية ، وقد كانت قيمة الأرض المطلوب تثبيت ملكية المدعي فيها تسخل في نصاب القاضي الجزئي ، وكانت قيمة المبنى المطلوب إزالتها أكثر من هذا النصاب (حكم ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ القانون والاقتصاد ٥ رقم ٦ والمحاماة ١٥ ق ١ رقم ٧٩ ص ١٥٨) وطاعدة : إذا اقتصر مدعى ملكية أرض على طلب تثبيت ملكة المنتخب وتعليقه له خالياً مما يشغله به المدعى عليه من البناء ، تاركاً له رفع أعمامه وغير متنازع له فيها ولا مدع الحق في شيء منها ، فطلبه الإزالة يكون متفرعاً حتّى لا يثبت حقه في الملكية ، ولا يدخل في تقدير قيمة الدعوى تطبيقاً للمادة ٣٠ من قانون المرافعات التي تنص على أن ملحقات الطلب لا تعتبر في قيمة المدعى .

فيما هي ممنوعة من القضاء فيه ، والأحكام الصادرة في الدفع بدم دستورية قانون ، أو في مسألة متعلقة بالسيادة العليا أو بوقف تنفيذ أمر إداري أو تأويله ، أو الصادرة في نزاع داخل في اختصاص جهة إدارية معينة أو داخل في وظائف المحاكم المختلطة أو الشرعية أو غير داخل في وظائف القضاء ، أو في المنازعات المتعلقة بالأملاك العامة أو بربط الأموال أو بالدين العمومي — جميع الأحكام التي تصدر في هذه الشؤون بالاختصاص أو بعدمه يجوز الطعن فيها بالنقض . وإذن فالأحكام الصادرة باختصاص المحاكم الأهلية بنظر الدعاوى المرفوعة على حكومة السودان ، أو بنظر دعاوى المطالبة بمصاريف القضايا الشرعية وأتعاب الخبراء المعينين من المجالس الحسبية ، أو بالقضايا المتضمنة طلب وقف بيع إداري أو إلغاء حجز إداري كذلك ، أو إلغاء قرار صادر من مجلس تأديب بفصل موظف وبجرماته من المعاش ، أو بإبطال قرار صادر من مجلس الوزراء بإحالة موظف على المعاش — كل هذه الأحكام وما مثلها يجوز الطعن فيها أمام محكمة النقض ، سواء أكان الحكم صادراً باختصاص أم بعدم الاختصاص ، وسواء أكان القضاء في ذلك قسدياً أم ضمنياً^(١) . ويعتبر الحكم الصادر في الموضوع أنه ضمنى في الاختصاص ، كلما كانت مسألة الاختصاص قائمة في الخصومة ، سواء أثارها الخصوم أنفسهم في الوقت المناسب أم كان الاختصاص من النظام العام . وكذلك يعتبر الحكم أنه صادر في مسألة اختصاص إذا قضى في مسألة عدم جواز

(١) ن . م . م . ٤ مايو سنة ١٩٣٣) مجلة القانون والاقتصاد ص ٣ رقم ١١٨ ص ١١٨ والمحاماة ص ١٣ رقم ٦٦٦ ص ١٢٠٩ (وقاعدته : إذا عقدت شركة لمدة محدودة ، ونس في عقد تأسيسها على أن محكمة جزئية معينة تكون مختصة بالحكم نهائياً فيما ينشأ من نزاع بشأنها ، ثم ادعى أحد المأقدين قيام الفركة مدة أخرى ، ورفع دعوى بطلب الحساب عنها وتصفيها أمام المحكمة المتفق على اختصاصها ، وأنكر عليه خصمه قيام الفركة في تلك المدة ، كان الفصل في قيام الفركة وعدم قيامها من اختصاص القاضي المادى بحسب القواعد العامة لا من اختصاص المحكمة المتفق على تحكيمها في النزاع . فإذا حكمت المحكمة التي رفعت إليها تلك الدعوى باختصاصها ، وحكمت بيمين خير لتصفية حساب الفركة ، ثم حكمت بإلزام المدعى عليه بما أظهرته التصفية ، فاستأنف هو هذه الأحكام الثلاثة وحكمت المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بعدم قبول الاستئناف عملاً بالمرط المتفق عليه في عقد الفركة ، كان حكمها جائزاً الطعن فيه بطريق النقض لصدوره في الواقع في مسألة اختصاص .

إبداء الدفع بعدم الاختصاص لأي سبب من الأسباب .

٢٣٤ — ويضرب على كون الأحكام الصادرة في مسائل الاختصاص يجوز استئنافها مهما كانت قيمة المدعى به (المادة ٣٥٠ مرافعات) ، وعلى جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية في مسائل الاختصاص النوعي أو الاختصاص بحسب المادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، دون غيرها ، ما يأتي :

أولاً — أنه لا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى لمخالفتها لقواعد الاختصاص حتى لو كانت القاعدة التي خولفت من النظام العام ، إنما يتعين الطعن فيها بالاستئناف ^(١) .

ثانياً — أنه إذا حكمت المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية في مسألة من مسائل الاختصاص المتقدمة الذكر ، فإن حكمها يكون قابلاً للطعن بطريق النقض ولو كان الحكم الجزئي الصادر في الموضوع لا يجوز استئنافه .

ثالثاً — أنه إذا قضت هذه المحكمة الابتدائية بإلغاء الحكم الصادر بعدم الاختصاص وتصدت للموضوع وفصلت فيه ، جاز الطعن في حكمها الصادر في مسألة الاختصاص بحسب ، وتعلق حكمها في الموضوع على نتيجة هذا الطعن .

رابعاً — أنه إذا أصبح حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بالاختصاص حائزاً لقوة الشيء المحكوم به واستؤنف الحكم الصادر في الموضوع ، فالحكم الصادر في هذا الاستئناف لا يجوز الطعن فيه بالنقض ^(٢) . أما إذا دفع في هذه الصورة

(١) تنجيه م ٤٥٠ ون . ف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ (س ٩١٤ — ١ — ٢٦٣)

و ٢٢ يولييه سنة ١٩١٣ (س ٩١٤ — ١ — ٢٦٢)

(٢) ولو كان الاختصاص للتنازع عليه متعلقاً بعدم ولاية المحاكم الأهلية بنظر الدعوى ، احتراماً للحكم النهائي وإعمالاً لقوة الشيء المحكوم به التي تلو كل اعتبار آخر . وقد قضت محكمتنا بأنه إذا كان وجه الطعن مبني على عدم اختصاص المحاكم الأهلية بحسب المادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وكان هذا الدفع بعدم الاختصاص قد عرض على المحكمة الجزئية وقضت برفضه بتصيباً عليه ثم لم يطرح على المحكمة الاستئنافية ولم تقض فيه ، حتى =

بعدم الاختصاص من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية فإن الحكم في جواز هذا الدفع يعتبر صادراً في مسألة اختصاص ، ويجوز الطعن فيه بالنقض من هذه الناحية .

تنبيه

إلى ما يجب مراعاته عند تعدد الأحكام في القضية الواحدة

٢٣٥ - ولما كان قد يصدر في القضية الواحدة من بدء رفضها إلى حين البت فيها أحكام متعاقبة ، أو حكم واحد تنقسمه مسائل الدعوى وطلبات الخصوم فيها ، فمن الحق أن يعتبر كل واحد من هذه الأحكام - أو كل جزء من الحكم فاصل في مسألة من مسائل الدعوى - وحدة متميزة عن غيرها من جهة تطبيق أحكام جواز الطعن فيه بالاستئناف^(١) ثم بالنقض^(٢) ، أو عدم جوازه . فالحكم الذي له جانب قطعي وجانب تهميدي يجوز الطعن في جانبه القطعي استقلالاً ، أما جانبه التهميدي فلا يجوز الطعن فيه بطريق النقض إلا مع الحكم القطعي الصادر في الدعوى . وفي الدعوى التي لا تزيد قيمتها على النصاب الاتهائي للقاضي الجزئي ، إذا حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم الأهلية

= يكون قضاؤها موعاً لإمكان الطعن في حكمها بذلك الوجه ، كان الطعن غير مقبول (١٧ يناير سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٢٤ م ٧٣ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ١٠٤ ص ٢٢٥)

(١) ويجب الرجوع لمعرفة ما إذا كان الحكم القطعي الفرعي ابتدائياً أم انتهائياً إلى وقت صدوره لا إلى وقت صدور الحكم القطعي الأخير في الدعوى ، وذلك لأن الدعوى قد تتغير قيمتها بما يرد عليها من تعديل في الطلبات بعد صدور الحكم الأول وقبل صدور الحكم الثاني (قأى ص ٦١ هامش ١٥)

(٢) قأى في المرجع السابق وربرتوار دالوز فقرة ٩٥ وما بعدها وتعليقات دالوز من فقرة ٤٥٣ إلى ٤٦٧ ون . م . م ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ السابق الذكر (فقرة ٢٢٣ من هذا الكتاب) وقاعدته : إذا كان الحكم المطعون فيه يقضى لمصاحبة الطاعنين ببعض طلباتهم ويقضى عليهم لخصومهم ببعض طلباتهم ، وكانت الطلبات التي قضى فيها متميزة بعضها من بعض ومستقلة الواحد عن الآخر ، فصدر مثل هذا الحكم على مثل ما صدر به بمطله تعدد الأجزاء من جهة تطبيق أحكام جواز الطعن أو تطبيق أحكام عدم جوازه لاقضاء اليعاد أو لقبول الحكم .

وقضت في الموضوع بطلبات المدعى فإن الحكم الصادر في مسألة الاختصاص هو الذي يكون استثنائه مقبولا ، وإذا استؤنف يكون الحكم الاستثنائي مقبولا الطعن فيه بطريق النقض . ومن طلب الحكم له على المدعى عليه بشئ^(١) ، وعلى من اختصمه هو ضامنا له بشئ^(٢) آخر ، ثم قضى له على الضامن بما طلب ، فإنه يكون له أن يطعن في جزء الحكم الصادر برفض الطلب الأصلي^(٣) . ومن قضى له بطلبه الاحتياطي يكون له أن يطعن في الحكم الصادر برفض طلبه الأصلي^(٤) . على أن هذه القاعدة التي تقضى باعتبار كل حكم صادر في مسألة أو طلب مستقلا عن غيره لا ينبغي الأخذ بها في جميع الأحوال ، على ما ستراه في موضعه من هذا الكتاب . فقد يقضى الطعن في الحكم الصادر في مسألة جوهرية عن الطعن في الأحكام الأخرى الصادرة في باقي مسائل الدعوى ، إذا لم تكن هذه الأحكام في الواقع إلا تنفيذا للحكم الأول ، أو مؤسسة عليه ، إذ القضاء بنقض الحكم الأول يترتب عليه بالضرورة نقض الأحكام الأخرى ، المؤسسة عليه (المادة ٣١ من القانون)^(٥) . وكذلك قد يترتب على ترك الطعن في حكم وصورته انتهائيا لا يجوز الطعن فيه عدم قبول الطعن في غيره من الأحكام التي تأسست عليه ، متى كان مبنى الطعن فيها هو ما وقع في الحكم الأول من مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله .

(١) ربرتوار دالوز فقرة ٩٦ وجارسونيه من ٦٣٦ هامش ١١

(٢) تعليقات دالوز فقرة ٤٤٨ ون . ف ١٠ أغسطس سنة ١٨٤١ وقد أشير إليه بفقرة ١٠٠ من ربرتوار دالوز .

(٣) وراجع فقرة ٣٤٧ من هذا الكتاب .

الباب الثاني

ميعاد الطعن بطريق النقض

(١) متى يتحتم تقديم الطعن في ميعاد معين وهل يصح رفعه فوراً ؟

٢٣٦ — الأصل أن من له حق الطعن في حكم لا يتحتم عليه تقديمه في ميعاد معين ، إلا إذا أعلن له الحكم . ولهذا لا يكون للمحكوم له أن يرفع الدعوى على المحكوم عليه (الذي لم يعلن بالحكم) بطلب بطلان المرافعة لاقضاء ثلاث سنوات على تاريخ صدور الحكم ^(١) ، ولا أن يدفع بعدم قبول الطعن بزعم أن دعوى الطاعن كانت تتضمن المطالبة بدين يسقط الحق فيه بمضى خمس سنوات مثلاً ، وأنه متى سقط الحق في الدعوى بالتقادم سقط حق الطعن في الحكم الصادر برفضها ^(٢) .

٢٣٧ — والأصل كذلك أن لمن له حق الطعن في حكم أن يقدم طعنه فيه على الفور من يوم صدوره ^(٣) . غير أن المادة ١٢ من القانون قد نصت على عدم قبول الطعن في الحكم الغيابي مادام الطعن فيه بطريق المعارضة جائزاً ، والمادة التاسعة من هذا القانون — بنصها على أن الأحكام التحضيرية والتمهيدية لا يجوز أن يرفع عنها طلب نقض مستقل — قد دلت على أن هذه الأحكام لا يجوز الطعن فيها قبل صدور الحكم القطعي في الدعوى .

(١) ن . ف ٣١ يناير سنة ١٨١٦ (أشير إليه في ربرتوار دالوز ققرة ٤٧٩)

(٢) ن . ف ٢٨ يولييه سنة ١٨٢٤ (أشير إليه في ربرتوار دالوز ققرة ٦٩٤)

(٣) ومتى شاء ، إلى أن يسقط الحق فيه بمضى للدة أو يسقط الحكم بالتقادم . انظر ن . ف

٣١ مارس سنة ١٨٦٩ (٦٩ د — ١ — ٤٠٥) وجارسونيه من ٦٩٦ هامش ٧ ع .

ف ١١ يولييه سنة ١٨٩٠ (٩١ د — ١ — ٣٥)

(٢) ميعاد الطعن - مبدؤه وقواعد احتسابه

٢٣٨ - في الفانورد الفرنسية : كانت لأئحة ٢٨ يولييه سنة ١٧٣٨ تنص على أن ميعاد الطعن هو على وجه عام ستة شهور تبتدى من تاريخ إعلان الحكم ، وكانت تستثنى الكنائس والمستشفيات والمحلات الخيرية وبعض الجمعيات الدينية والعلمانية والمقيمين خارج فرنسا والغائبين في خدمة الدولة ، فقد سمحت لبعضهم برفع طعنه في سنة والبعض الآخر في سنتين ، وكانت توجب إعلان الحكم إلى ورثة من يتوفى ، وتمطى للبلغ منهم ستة شهور جديدة تبتدى من يوم إعلانهم ، وللقصر ستة شهور تمضى من يوم إعلانهم بعد بلوغ الرشد ، ثم كانت تحيز مع ذلك رفع الطعن بعد هذه المواعيد إذا أذن الملك وأصدر بأذنه توقيعا خاصا كان يعرف في ذلك العهد باسم (*lettre de relief*)^(١) . ولما عدل قانون أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ هذه اللائحة نصت المادة ١٤ منه على أن ميعاد الطعن ثلاثة شهور ، وأنه يجري في حق جميع المقيمين في فرنسا بغير تمييز بينهم ، وأنه لا يزداد عليه بأية حجة ، وأن أى طالب بأية زيادة عليه غير مقبول^(٢) . ثم أقص قانون ٢ يونيه سنة ١٨٦٢ ميعاد الطعن إلى شهرين (المادة الأولى)^(٣) وجعل مبداءه في الأحكام الحضورية تاريخ إعلانها إلى نفس الخصم أو إلى محله ، وفي الأحكام الغيابية التاريخ الذى تصبح فيه المعارضة غير مقبولة . وزادت المادة الرابعة من هذا القانون للغائبين عن فرنسا مواعيد أخرى تختلف باختلاف محال

(١) راجع المواد ٩ و ٨ و ١٠ و ١٣ و ١٤ من الباب الرابع من الكتاب الأول من هذه اللائحة المنقورة في ربرتوار دالوز ج ٧ ص ٦

(٢) نمر هذا القانون في ربرتوار دالوز بهامش الصحيفة ص ٢٢ ولسكوت هذه النصوص عن ميعاد الطعن في حق الغائبين كانت محكمة النقض تطبق في حقهم لائحة سنة ١٧٣٨ (ملحق دالوز فقرة ١٣٤)

(٣) نصرت هذه المواد في تعليقات دالوز بالهامش رقم ١ ص ١٤٨

إقامتهم ، ونصت المادة التاسعة على أن المواعيد المحددة بهذا القانون جميعها كاملة ، وعلى أنه إذا كان اليوم الأخير من كل منها يوم عيد امتد الميعاد إلى اليوم التالي^(١) .

وقد فهم من هذه النصوص أن ميعاد الطمن واحد في حق الكل ، بالنسبة كان الطاعن أو قاصراً ، وأنه يقطع بوقاة المحكوم عليه السابق إعلان الحكم إليه ، ولا يضاف للمقيمين بفرنسا أى ميعاد مسافة^(٢) و^(٣) .

٢٣٩ - في القانون المصري : أما ميعاد الطمن عندنا فهو ثلاثون يوماً في جميع الأحوال ، أيًا كان نوع القضية وأهميتها ، وأيًا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم ، وأيًا كان رافع الطمن فرداً من أفراد الناس أو مصلحة حكومة ، وأيًا كان وجه الطمن . وهذا الميعاد غير كامل بمعنى أنه لا يمتد إلى اليوم التالي لليوم الثلاثين^(٤) و^(٥) ، وإذا كان اليوم الأخير من الميعاد يوم عطلة رسمية امتد الميعاد إلى اليوم التالي . ويجرى الميعاد عندنا قبل جميع الناس ، قصراً وغائبين ومحجوراً عليهم ومفلسين .

(١) وراجع المواد ٢ و ٣ و ٤ من القانون البلجيكي الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ (مجموعة القوانين البلجيكية لجان دبول سرفيس طبعة سنة ١٩٢٨ ص ١٤٦٩)

(٢) راجع في تفصيل هذه الأحكام جارسونية فقرة ٣٩٩ و ٤٠٠ ص ٦٩٧ و ٦٩٨ وهوامشها وفأى فقرة ٤٨ ص ٧٦ وهامش رقم ١ ، ويرى جلاسون وكولت داج وقف الميعاد بوقاة المحكوم عليه (ج ٢ فقرة ١٠٩٥ ص ١٨٣) والرأى الأول هو الذى أقرته محكمة النقض الفرنسية (تعليقات دالوز فقرة ١٠٧٨ وما بعدها)

(٣) أما في بلجيكا فسريران الميعاد في حق القاصر والمحجور عليهم منصوص عليه في المادة الرابعة من قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ المتقدم الذكر . أما انقطاعه بوقاة المحكوم عليه السابق إعلان الحكم إليه ، فنصوص عليه كذلك في المادة الخامسة من هذا القانون .

(٤) ميعاد الطمن بالنقض هو كمياد الاستئناف من المواعيد التي يجب إجراء الطمن في أثنائها ، فهو لذلك غير كامل بحسب القواعد العامة . ولو أراد الشارع جعله كاملاً لس على ذلك كما نص عليه في ميعاد استئناف الحكم الصادر في دعوى استرداد النقولات المحبوز عليها (المادة ٤٧٨ مرافعات — الفقرة الأخيرة) وهو في فرنسا معتبر ميعاداً كاملاً (للمادة ٩ من قانون سنة ١٨٦٢ — تبينه فقرة ٩٤٢ ص ٤٦٢)

(٥) ن . م . م . ٧٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد ص ٦ رقم ٢ ص ٦ والمهامة ص ١٦ رقم ٢٠٣ ص ٤٦٣)

٢٤٠ - هل يوقف ميعاد الطعمه وبم يوقف ؟ ويقاس هذا الميعاد على ميعاد الاستئناف فيقال بوقته بوقاة المحكوم عليه لاتحاد علة الحكم في الباييف وهي جمل الورثة سبق صدور الحكم على مورثهم وسبق إعلانه ، وإذا قوت المحكوم عليه يوقف ميعاد الطعن إلى أن يعلن الحكم إلى ورثته في آخر محل كان لمورثهم (المادة ٣٥٨ مرافعات) فتجري الأيام الباقية من الميعاد ، ويؤكد الأخذ بهذا القياس أن وقف الميعاد في باب الاستئناف هو فرع عن وقف الدعوى بوقاة أحد الخصوم الوارد حكمه في المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات^(١) . ولا يوقف الميعاد أن يكون الحكم قد وصف بأنه ابتدائي وأنه استؤنف فضلاً ، لأنه إذا كان انتهائياً في واقع الأمر فاستئنافه يكون لفوا غير مؤثر في ميعاد الطعن بطريق النقض .

وكذلك لا يوقف الميعاد قيام دعوى تفسير أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لبعض أجزائه التي لم يطعن فيها ، لأن دعوى التفسير لبعض أجزاء الحكم لا تمتع من الطعن في الأجزاء الأخرى . أما إذا تعلق التفسير بالأجزاء التي يراد الطعن فيها بطريق النقض فوقف الميعاد متمين ، لأن الخصوم إذ لا يستطيعون معرفة المعنى الحقيقي للحكم قبل تقريره بينهم من محكمة التفسير فهم لا شك عاجزون عن معرفة ما إذا كانت المحكمة قد خالفت القانون حقاً أو أخطأت في تطبيقه أو في تأويله^(٢) .

والقوة القاهرة ، من نحو حرب أو ثورة تقطع المواصلات ، توقف ميعاد الطعن كما توقف مواعيد الطعون الأخرى^(٣) .

(١) وقد أخذ بهذا القياس في باب التماس إعادة النظر (ناشد حنا ص ٥٤ والشاوي ج ٢قرة ٩٦٣ وأبو حيف ققرة ١٢٧٦)

(٢) جارسونية ققرة ٣٩٩ ص ٦٩٨ هامش ١٠

(٣) جارسونية ققرة ٤٠٠ و ن . ف ٧ مارس سنة ١٨٤٩ (د ٤٩ - ١ -

١٢٣) و ن . ف . ج ٧ مارس سنة ١٩٣١ (س ٩٣٢ - ١ - ٣٥٣ وتعليق هيجي)

٢٤١ - هل للطاعمة ميعاد مسافة؟^(١) : ويضاف إلى ميعاد الطعن عندنا ميعاد مسافة بين المحل الذي أعلن فيه الطاعن بالحكم ومدينة القاهرة حيث محكمة النقض والإبرام التي يجب عمل تقرير الطعن بقلم كاتبها^(٢). ذلك لأن الأصل في المواعيد المقيمة في القانون — على ما جاء بالمادة ١٧ من قانون المرافعات — الزيادة عليها يوماً لكل مسافة ثمانى ساعات بين محل الخصم المطلوب حضوره أو الصادر له التنبيه والمحل المتقاضى حضوره إليه بنفسه أو بواسطة وكيل عنه . ولا شك في أن إعلان الحكم إلى الخصم يتضمن التنبيه عليه برفع الطعن في الميعاد والحضور إلى قلم كتاب محكمة النقض لتقرير الطعن فيه . ولا يقال إن الشارع لو كان أراد إضافة ميعاد مسافة ما إلى ميعاد الطعن لنص على هذه الإضافة — كما فعل في باب الاستثناء — لأن النص على هذه الإضافة في ذلك الباب لم يجر مجرى الاستثناء وإنما جرى مجرى أصله المتقدم ذكره في المادة ١٧ من قانون المرافعات^(٣).

وقد قررت محكمتنا^(٤) أن ميعاد المسافة ، بحسب المادة ١٧ مرافعات ، إنما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعاداً واحداً متواصل الأيام . فثلاً إذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة فإنه يأخذ

(١) يحسن التنبيه بأن لا محل للاستثناس في ذلك يفقه القانون الفرنسى ، لأن قضاة قد فهموا من نصوصه عدم وجوب إضافة ميعاد مسافة إلى ميعاد الطعن بالنسبة للقيمين بفرنسا (المادة ١٤ من قانون أول سبتمبر سنة ١٧٩٠ والمواد ١ و ٢ و ٥ من قانون ٢ يونيو سنة ١٨٦٢) أما غير القيمين بها فقد كانوا يطعون المواعيد المينة بالمادة ٧٣ من قانون المرافعات ثم عدلت هذه المواعيد بقانون ١٣ مارس سنة ١٩٢٢ (انظر تنسيبه ققرة ٩٤٢ من ٤٦٣)

(٢) راجع مقالنا « ما يضاف من مواعيد المسافة إلى ميعاد الاستئناف » في مجلة المحاماة سنة ٤ من ٥٢٠ وما بعدها .

(٣) ن . م . م . ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س . ٥ رقم ٨ من ١٨ والمحاماة س ١٥ ق ١ عدد ٨١ من ١٦٥)

(٤) ن . م . م . ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س . ٥ رقم ٨٧ من ٢٨٨ والمحاماة س ١٦ رقم ١١٥ من ٢٧٧)

هذا الميعاد متلاحقاً متصلًا مباشرة بأيام أصل الميعاد ، وبذلك لا تؤثر العطلة في امتداده . وقررت أيضاً أن مبدأ القانون في شأن اللوايعد أن العطلة غير موقفة لسريانها بل إنها تسرى في أثنائها ، وكل ما أجازته بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة فإنه يمتد لليوم التالي فإن كانت الأيام التالية أيام عطلة امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة .

٢٤٢ — **مواز رفع الطعنة الفرعى بعد انقضاء الميعاد** : وقد بينا أن المدعى عليه أن يطلب من جانبه نقض الحكم المطعون فيه من خصمه ، على الرغم من قبوله هو إياه ، وعلى الرغم من انقضاء ميعاد الطعن بشرط أن يقدم طلبه على الصورة التى يقدم بها الطعن الأصلى . وقد أقمنا جواز تقديم هذا الطلب على أساس أن قبول المدعى عليه للحكم يعتبر معلقاً على قبول خصمه ^(١) .

٢٤٣ — **مبدأ ميعاد الطعن** : يبدأ الميعاد من يوم إعلان الحكم فى جميع الأحوال ^(٢) .

٢٤٤ — وإذ كانت القاعدة أن الإنسان لا يجوز أن يفترض له أنه يسد الطريق على نفسه بعمل نفسه (*Nul ne se forclôt soi - même*) فلا يجرى إذاً حكم وجوب رفع الطعن فى الميعاد إلا فى حق من أعلن له الحكم لافى حق من قام بإعلانه ^(٣) . فإذا كان كل طرف من الخصوم قد حكم له وحكم عليه ، وجب على كل منهما إعلان الحكم لخصمه ليوجب عليه رفع الطعن فى الميعاد .

(١) فقرة ٢٢٦ من هذا الكتاب .

(٢) وهكذا يجب ميعاد الطعن فى الحكم الصادر على خلاف حكم سابق . انظر جارسونية فقرة ٣٩٧ ص ٦٩٦ هامش ٩ وتيسيه فقرة ١٤٤ ص ٤٦٤ .

(٣) وقد دفع أمام محكمة النقض بأن ميعاد الطعن يسرى فى حق مجلس الحكم كما يسرى فى حق المعلن إليه وأجابه له : (أولاً) بأن المادة ١٤ من قانون إنشاء محكمة النقض نصت على أن الميعاد هو ثلاثون يوماً من تاريخ إعلان الحكم ، وهذا النص عام مطلق لا قيد به يخصمه بمن يعلن إليه الحكم دون من يعلنه ، بل إنه لمصومه وإطلاقه يسرى فى حق المعلن كما يسرى فى حق المعلن إليه . و (ثانياً) بأن اتجاه الشارع المصرى هو لإجراء الميعاد على المعلن والمعلن =

٢٤٥ — ويتفرع على ذلك أنه إذا تعدد المحكوم عليهم أو المحكوم لهم وتبادلوا بينهم إعلان الحكم فإن مبدأ الطعن لا يجري — مبدئياً — إلا في حق من أعلن له الحكم ، ولا يستفيد من هذا الاعلان إلا من قام به ^(١) .

٢٤٦ — والأحكام التي يترتب على إعلانها وجوب رفع الطعن فيها في المبدأ هي الأحكام الحضرية حقيقة أو حكماً (وهي التي تكون غيايية في واقع الأمر ، ولكن القانون اعتبرها حضرية) ، كالأحكام الصادرة على الغائب بعد سبق الحكم باثبات غيبته وإعادة إعلانه لجلسة أخرى (الواد ١٢٣ و ١٢٧ و ٣٤٠ مرافعات) والأحكام التي منع الطعن فيها بطريق المعارضة بنص صريح لاعتبارات مختلفة ، كالأحكام الصادرة في دعوى استرداد المنقولات المحجوز عليها (المادة ٤٧٨ مرافعات) وفي دعوى استحقاق العقار المتزوجة ملكيته (المادة ٦٠٠ مرافعات) ، وفي دعاوى الشفعة (المادة ١٧ من قانون الشفعة) .

== إليه ، بدليل أنه في سنة ١٩١٣ عدل المادة ٣٩٨ من قانون المرافعات المختلط بتدليجها به مبدأ الاستئناف يسرى على من أعلن الحكم مثل ما يسرى على المعلن إليه ، وإذا كان هذا هو اتجاهه في أمر الاستئناف فإعماله في الطعن بطريق النقض أوجب لأن هذا الطريق غير عادي بخلاف الاستئناف الذي هو طريق عادي . فرفضت محكمة النقض هذا الدفع وقالت في حكمها : إنه مهما يكن من وجهة نظرية المعلن ضد ما يمين في الطعن بطريق النقض الأخذ بقاعدة أنه « لا يجوز أن يفترض للإنسان أنه يد الطريق على نفسه بفعل نفسه » (ن . م . م ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥) (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٨ س ٢٩٥ والحاماة س ١٦ رقم ١١٧ ص ٢٨١)

(١) وفي ذلك قالت محكمة في حكم أصدرته في ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ « وحيث إن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من جواز الاكتفاء بإعلان الحكم من أحد المحكوم لهم للمحكوم عليه ، واعتبار من أعلن له الحكم معلناً منهم أجمعين ومتكناً بذلك من إجراء الاستئناف في المبدأ القانوني ، بحيث إذا رفع استئنافه ضد من لم يعلن له الحكم كان هذا الاستئناف غير مقبول شكلاً لرفعه بد المبدأ — ما ذهبت إليه من هذا غير صحيح على إطلاقه : ذلك لأن آثار إعلان الأحكام بين المحكومين لا تكون إلا بين من أعلن الحكم ومن أعلن له ، سواء تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم ، وذلك فيما عدا حالة عدم التجزئة أو حالة التضامن المبيدة قانوناً توكيل بعض التضامنين لبعض الآخر في عمل ما هو من مصلحة جميعهم . . . (ن . م . م ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥) (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٦ ص ٢٨٧ والحاماة س ١٦ رقم ١١٤ ص ٢٧٥)

٢٤٧ — وكذلك الأحكام الغيابية الصادرة في المعارضة يجرى ميعاد الطعن فيها من يوم إعلانها ، والمراد بها الأحكام الصادرة غيابياً على المعارض لأن الشارع قد منع المعارضة فيها بنص المادة ٣٤٠ مرافعات فأنزلها بذلك منزلة الأحكام الحضورية ^(١) . أما الحكم الذي يصدر على المعارض ضده في غيبته هو فإنه — إذ تجوز فيه المعارضة — يجب ألا ينتدى ميعاد الطعن فيه بطريق النقض إلا على مثل ما ينتدى فيه ميعاد الطعن في الأحكام الغيابية .

٢٤٨ — وأما الأحكام الغيابية التي تجوز فيها المعارضة فلا ينتدى ميعاد الطعن فيها إلا من التاريخ الذي تصبح فيه هذه المعارضة غير مقبولة . ولما كان الرأي الراجح قهراً وقضاء أن المعارضة لا تمحو الحكم الغيابي ، وكان يحتمل أن تقضى المحكمة بعدم قبول المعارضة لرفضها بعد الميعاد أو لرفضها عن حكم غيابي لا تجوز فيه المعارضة أو ببطالان صحيفة المعارضة ، كما يحتمل أن تقضى في موضوع المعارضة بتأييد الحكم الغيابي أو بإلغائه أو بتعديله ، أو تنتهي الخصومة بسبب آخر غير الحكم في موضوعها — لما كان الأمر كذلك ، وجب أن نبين متى يصح القول في كل من هذه الصور بأن المعارضة قد أصبحت في معنى نص القانون غير مقبولة ، وأن ميعاد الطعن بالنقض قد ابتدأ ووجب احتسابه من هذا المبدأ فنقول :

أما الحكم الصادر ببطالان صحيفة المعارضة فلا يترتب عليه لذاته القول بأن المعارضة في الحكم الغيابي أصبحت غير مقبولة ، لأن المعارض يجوز له أن يحدد معارضته بصحيفة صحيحة ما دام الميعاد ممتداً . أما إذا صدر الحكم بعدم قبول المعارضة شكلاً لرفضها بعد الميعاد ، أو بعدم جوازها لأن الحكم لا تجوز المعارضة

(١) ومع ذلك فإن الحكم الذي يصدر غيابياً على المعارض بطلبات جديدة وجهت إليه في خصومة المعارضة تصح فيه المعارضة . وقد قلنا في مذكراتنا إنه ليس في القواعد العامة ما يمنع المعارض ضده من توجيه طلبات إضافية لم يكن قد سبق تقديمها قبل صدور الحكم الغيابي ، أو من إدخال ضامن في الدعوى ، أو من تسخّل شخص ثالث في الخصومة ، بشرط ألا يكون من شأن النظر في هذه الطلبات الجديدة أي مساس بحجية ما قضى به الحكم الغيابي على المعارض ضده .

فيه ، فان ميعاد الطعن بطريق النقض في الحكم الغيابي يبتدىء من يوم انقضاء ميعاد المعارضة في الصورة الأولى ، ومن يوم إعلان هذا الحكم الغيابي في الصورة الثانية ؛ لأن المعارضة التي رفضت غير صحيحة في الصورتين ، لم يكن من شأنها تعليق ميعاد الطعن فيهما .

هذا على أن الحكم الصادر في المعارضة يجوز الطعن فيه ويبتدىء ميعاده من يوم إعلانه . فإن كان الحكم قد صدر برفض المعارضة موضوعا وبتأييد الحكم الغيابي ، فإن ميعاد الطعن في كلا الحكمين يبتدىء من يوم إعلان الحكم الثاني على ما نرجحه . وإذا طعن في أحدهما فإن الطعن ينسحب على الآخر إذا اعتمد الحكم الثاني على أسباب الحكم الأول الذي عورض فيه ؛ وإنا مع ذلك نوصي رافع الطعن بالنص في تقرير طعنه على أنه يطنن في كلا الحكمين ، وكما يستطيع أن يحسم بنفسه ما يمكن أن يقع في هذا الشأن من اختلاف في النظر الفقهي^(١) . أما إذا حكم بتعديل الحكم الغيابي أو بإلغائه ، فإن ميعاد الطعن في الحكم الصادر في المعارضة يبتدىء من يوم إعلانه ، وأما ميعاد الطعن في الحكم الغيابي الأول ، فقد يقال إنه يبتدىء بالنسبة للخصم الحاضر في الخصومة الأولى من اليوم الذي صدر فيه الحكم الثاني ، لأنه اليوم الذي يمكن أن يقال إنه قد زال فيه تعليق ميعاد الطعن في الحكم الأول وأصبحت المعارضة فيه غير مقبولة . وإنا نوصي كذلك هذا الخصم بإعلان خصمه بالحكم الصادر غيائيا عليه تمكيناً له من المعارضة فيه ، فان لم يمارض في الميعاد ابتداء ميعاد الطعن في حق الخصمين من اليوم الذي ينقضى فيه ميعاد المعارضة ، وإذا عارض فان حق الخصم في رفع طعنه هو يبق معلقاً حتى يصدر الحكم في المعارضة

٢٤٩ - ويشترط في إعلان الحكم ليصح اعتبار تاريخه مبدأ ميعاد الطعن

(١) راجع في الرأيين في باب الاستئناف وبرتوار والوز تحت كلمة استئناف فقرة ٢٦٤ وما بعدها وقرئ ٢٢٥ و٢٢٦ من كتابنا في باب ما يجوز الطعن فيه من الأحكام .

أن يكون ممن صدر له الحكم ، وعلى يد محضر ، وإلى نفس الخصم أو لمحله الأصلي أو لمحله المختار وبصفته التي كان متصفاً بها ، وأن يكون إعلاناً صحيحاً مطابقاً لأحكام قواعد المرافعات الخاصة بإعلان أوراق المحضرين وتسليمها ، ومشتتلاً على صورة كاملة للحكم . وإذن فلا يفنى عن هذا الإعلان الإشارة إلى الحكم الواجب إعلانه في إعلان خاص بحكم آخر^(١) ، ولا ثبوت علم الخصم بالحكم الصادر عليه بطريقة أخرى قاطعة كحضوره النطق به وسماعه إياه أو حصوله على صورة منه من قلم الكتاب . ومما قضى به أنه يقوم مقام إعلان الحكم إقرار الخصم بأنه يعتبر الحكم قد أعلن له ، وأنه لا حاجة إلى إعلانه^(٢) .

(١) ن . ف . ١٠ أغسطس سنة ١٨٩١ (٩٢ د - ١ - ١٧)

(٢) جرسويه قرة ٣٩٧ هامش ١ وبرتوار دالوز قرة ٤٩٣

الباب الثالث

في الخصوم أمام محكمة النقض

٢٥٠ — الخصومة في الطعن أمام محكمة النقض لا تكون إلا بين من كانوا خصوماً بعضهم لبعض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، وإلى هذا المعنى أشارت المواد ٩ و ١٠ و ١١ من قانون إنشاء محكمة النقض فيما صدرت به كل مادة منها بقوله : « وللخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة ... » . وإذا فلا يجوز الطعن من النيابة ^(١) ، ولا من يتعدها الحكم من

(١) ذلك بأن النيابة العامة في نظام القضاء الأهلي لا تحضر الجلسات المدنية ولا تبدي أي رأى في مثل القضايا التي تبدي رأياً فيها في نظام القضاء المختلط (المواد ٦٨ و ٦٩ و ٧٢ من قانون المرافعات المختلط) . أما في النظام الفرنسي فاذ أوجب القانون على النيابة في بعض القضايا أن تكون خصماً أصلياً بالادعاء ، وإذا أباح لها في بعض آخر أن تضم لأحد الخصمين في طلباته ، فقد سلم لها بأحقيتها في الطعن في الأحكام الصادرة في قضاياها التي تقدمها للمحكمة ، أما القضايا التي أيسح لها التدخل فيها بإبداء الرأى فقد جرت محكمة النقض على عدم قبول طعن النيابة فيها (فإى فقرة ٤٤ من ٧٢ وجار سونيه فقرة ٣٥٢ من ٦٢٣ وهامش ٢٢ و ٢٣) وانظر حكم ٥ نوفمبر سنة ١٨٨٤ (د ٨٥ — ١ — ٨١) و ج . ف . ١٠ يولي ١٩٠٠ (د ٩٠ — ١ — ٤٦٢) و تقرير المستشار « كوتل Cotellet » . والأصل في النظام البلجيكي أن النيابة لا تكون في المواد المدنية خصماً أصلياً ، ولكنه قد أيسح لها أن تدخل كنصم منضم أمام أية محكمة مدنية بقصد ملاحظة تنفيذ القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وأيسح لها متى تدخلت أمام محكمة الدرجة الأولى أن ترفع استئنافاً (نفس ٥ مايو سنة ١٨٨١ باسكريزى بلج ص ٢٣٠) و تقرير المستشار « هيندريك Hynderick » (وإذا تدخلت أمام محكمة الاستئناف أو كانت قد استأنفت الحكم الابتدائى فيجوز لها الطعن بالنقض) (نفس ١٤ فبراير سنة ١٨٨٤ باسكريزى بلج ص ٥٧) . وراجع في كل ذلك شويغن فقرة ٥٥ ص ١٤٠ و ١٤١ من والنائب العام لدى محكمة النقض الفرنسية أن يطلب — بناء على أمر من الحكومة — من المحكمة بطلان أى حكم أو أى تصرف من أية محكمة تجاوزت فيه حدود السلطة . وله كذلك أن يطعن من تلقاء نفسه في الأحكام — التي يجوز للخصوم الطعن فيها أمام محكمة النقض — في مصلحة القانون ، بحيث لا يترتب على هذا الطعن أى أثر سوى أنه يسمح للمحكمة العليا بالفصل نظرياً في نقطة قانونية لإرشاد الحاكم في قضائها ، ولا يكون لحكم محكمة النقض أى أثر في تنفيذ الحكم النقوض . (راجع ما قلناه في فقرة ٤٤ و ١٦٤)

غير الخصوم الذين كانوا أمام المحكمة التي أصدرته ، وإنما للنيابة أن تنضم لأحد الخصمين في طلباته فتؤيد الطاعن بطلب قبول طعنه أو تؤيد خصمه المدافع عن الحكم المطعون فيه بطلب عدم قبول الطعن أو رفضه ، ويجوز لها حين تنضم إلى الطاعن أن تعتمد على أسباب النظام العام^(١).

الفصل الأول

فيمن يقبل منه الطعن

٢٥١ — لا يقبل الطعن إلا من كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، بصفته التي كان متصفاً بها ، وكانت له عند صدور الحكم مصلحة في الطعن ، وكان ذا أهلية أو سلطة قانونية^(٢).

كون الطاعن طرفاً في الخصومة الأولى

بصفته التي كان متصفاً بها

٢٥٢ — لا يجوز الطعن إلا من كان طرفاً في الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، ونازع خصماً آخر أمامها في مزاعمه وطلباته أو كان نازعه هذا الخصم الآخر في مزاعمه هو وطلباته التي وجهها إليه ، وتبقى على هذه المنازعة مع خصمه حتى صدر الحكم عليه ، فطعن فيه بصفته القانونية التي كان اتصف بها أمام تلك المحكمة ، سواء أكان خصماً أصلياً مدعياً أو مدعى عليه ، مستأنفاً أو مستأنفاً عليه ، أم كان ضامناً لخصم أصلي أم أدخل في الدعوى

(١) قرة ١٣٦ من هذا الكتاب .

(٢) جرسونية قرة ٣٠٢ — ٣٠٤ وتبنيه قرة ٩٢٨ من ٤٥٥

أم تدخل فيها تدخل انضمام أو تدخل اختصاص ، وسواء أكان حضر هذه الخصومة بنفسه أم حضرها عنه من مثله فيها قانوناً من ولى أو وصى أو قيم أو وكيل شرعى أو قانونى . وعلى هذا لا يجوز الطعن ممن لم يكن قط خصماً (بهذا المعنى) لا أمام محكمة الدرجة الأولى ولا أمام محكمة الدرجة الثانية ^(١) و ^(٢) ، ولا ممن لم يكن خصماً إلا أمام محكمة الدرجة الأولى ^(٣) ، ولا ممن ذكر اسمه وصفته في منطوق الحكم ولم يكن خصماً في الدعوى كالحضر بمحكم بطلان الورقة التى أعلنها ويلزم صاحبها لخصمه بمصاريف إعلانها ^(٤) ، وكالحكم تقدر أتعابه لمن كسب الدعوى على الخصم الذى خسرها عند تسوية المصاريف فى الحكم الاستثنائى الصادر بتأييد حكم المحكم ^(٥) .

٢٥٣ — ويعتبر طرفاً فى الدعوى من حضرها بنفسه أو مثله فيها غيره ، فالقاصر والغائب والمحجور عليه والفلس يجوز لهم الطعن بعد بلوغ الرشد والإياب من الغيبة ورفع الحجر واتهاء التفليس وعودة الفلس إلى إدارة أمواله ^(٦) . ومشتري

(١) جارسونية ص ٦٢٢ وهامش رقم ١٨ وقد ذكرت فيه بعض أحكام أصدرتها محكمة النقض بعدم جواز تدخل أو إداخل من لم يكن خصماً فى الخصومة الأولى .

(٢) وظاهر أنه يمكن أن يكون رافع الطعن خصماً أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، ولو لم يكن خصماً أمام محكمة الدرجة الأولى : فن تدخل أمام محكمة الاستئناف ولو لم يكن خصماً أمام محكمة الدرجة الأولى صار خصماً يجوز له الطعن . انظر ن . ف ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٣ . (س ٩٣ — ١ — ٤٣٣) وجارسونية ص ٦٢٢ — ٦٢٣

(٣) ن . ف ٨ فبراير سنة ١٨٨٦ (٨٧ د — ١ — ٢٢)

(٤) وقد قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بأحقية الحضر فى الطعن فى الحكم الذى قضى عليه — ولو لم يكن طرفاً فى الخصومة — بإلزامه بمصاريف حجز عقارى أجراه وحكم بإبطاله (حكم ٢٠ أبريل سنة ١٨١٨ ربرتوار دالوز ققرة ٢٩٦ هامش ٢) وذلك اعتباراً بمصلحة الحضر الظاهرة فى فسخ الحكم عنه . أما دائرة المرافعة فقد قضت بعدم قبول الطعن منه (ع . ف ٧ مارس سنة ١٨٣١ وأشير إليه فى ربرتوار دالوز تحت كلمة avoué ققرة ٢٤٤) وقد رجح فأى (س ٦٧ هامش ٢) وتيسيه (ققرة ٩٣٨ ص ٤٥٥ هامش ٤) قضاء الدائرة المدنية .

(٥) ن . ف ٢٩ أغسطس سنة ١٨٥٩ (٦٠ د — ١ — ٣٨٥)

(٦) ولما كان الحكم بالتفليس يجرى الفلس عن إدارة أمواله ويجعل وكيل اللاتين هو الذى يمثل قانوناً فيما يرجع له أو عليه من المطاوى إلا ما تعلق منها بقائه ، فقد قضى بأنه =

المعار ومن تملكه بنحو هبة أو وصية والاحتال بالدين ، وغيرهم ممن تلقوا حقوقهم عن غيرهم وخلقوهم في الخصومة ، لم كذلك حق الطعن في الأحكام الصادرة على من مثلهم من بائع أو واهب أو موصي أو محيل^(١) . أما البائع والواهب والمحيل فلا يمثلهم المشتري والمحال والموهوب له في القضايا التي رفعت على أولئك قط ولم ترفع عليهم م .

ويموز الطعن من الورثة بسد وفاة مورثهم ، وإنما عليهم أن يرفعوه بأسمائهم بوصف أنهم خفاؤه ، فإن رفضوه باسمه هو بطل^(٢) . ومن لم يكن خصما من الورثة أو من الشركاء غير المتضامنين لا يجوز له أن يرفع طعنا عن حكم صدر على ورثته أو شريكه ، ما دام هذا الذي اختصم أو خصم إنما كان يعمل في الخصومة

== في الأحوال التي يكون للفلس مصلحة خاصة تتأثر مصلحة جماعة المائتين ، يجوز له أن يطعن في الحكم الصادر على وكلاء المائتين ولو لم يكن طرفا في الخصومة (ن . ف ٧ أبريل سنة ١٨٣٠ أشير إليه في ربرتوار دالوز ققرة ٢٧٨) ، وقد جاء في كرتنيه (ققرة ١٢٥١) أنه يجوز قبول الطعن من الفلس في الأحكام الصادرة على التولية تأسيسا على نس الفقرة الرابعة من المادة ٤٤٣ من قانون التجارة (المقابلة للمادة ٢١٨ من قانون التجارة الأهلي) التي أجاز فيها للمحكمة قبول دخول الفلس خصما ثالثا في الدعوى المرفوعة على التولية .

(٦) مكرر — وإذا كان مصفى الشركة المحكوم بتصفيتها متعبا قانونا أنه يمثل الشركاء وورثة من يتوفى منهم ، فقد قضى بأن هؤلاء الورثة — ولو لم يكونوا قد حضروا الخصومة بأغصهم — أن يملئوا الحكم الصادر من دائرة المرائض بقبول الطعن للرفع من المصفي إلى جميع الخصوم وأن يشهدوا الخصومة في الطعن أمام المائرة المدنية (ن . ف ٢٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ د ٧٩ — ١ — ٤٦٥)

(١) جارسوني ص ٦٢٢ وحامش ١٦ وظى ققرة ٤٠ مكررة ص ٦٩ وحكم ٢٨ يناير سنة ١٨٣٥ (س ٨٣٥ — ١ — ٦٥٤) في قبول الطعن من للتنازل له عن الدين .
والبائع والواهب والمحيل لا يقدون صفة الطعن في الحكم الصادر بشأن الحقوق التي تصرفوا فيها ما دامت لهم مصلحة في الطعن لتخلص مثلا من مصاريف الدعوى التي حكم بإزائهم بها أو من الالتزام بالضمان التي قد يحرصون له بسبب صدور الحكم على من وقع التصرف لهم (ن . ف ٣٠ يونيو سنة ١٨١٨ ، وأشير إليه في ربرتوار دالوز ققرة ٢٧٩)

(٢) فلى بالرجع السابق وجارسوني ص ٦٢٢ وحامش ١٧ . وقد قضت محكمة النقض القرنية بأن هذا الطعن الباطل لا يصححه أن يتولى الورثة إعلان الحكم الصادر من دائرة المرائض للخصوم وتكليفهم هؤلاء الخصوم بالحضور للمرافعة أمام المائرة المدنية (ن . ف ١٨٥٨ ١٨٥٩ — ١ — ٧٤) ون . ف ٩ فبراير سنة ١٩٢٥ (س ٩٢٥ — ١ — ٣٤)
وأشير إلى هذا الحكم الأخير في ملحق تطبيقات دالوز ققرة ٥٠٢

في حدود نصيبه . أما إذا انتصب أحد الورثة خصماً عن الباقيين وعن التركة وصدر الحكم بمواجهته على التركة ، كان له ولباقي الورثة الحق في الطعن ^(١)

ويجوز للدائن العادي ^(٢) ولو لم يكن طرفاً في الخصومة — إذا أبطلأ مدينه في تقديم الطعن في الحكم الصادر عليه — أن يطعن هو فيه باسم مدينه طبقاً للمادة ١٤١ من القانون المدني (المقابلة للمادة ١١٦٦ من القانون المدني الفرنسي) ، على أنه إذا ظهر أن المدين لم يهمل في الطعن حكم بعدم قبول الطعن المرفوع من دائته ^(٣) . وإذا حكم برفض الطعن المرفوع من الدائن فالمدين على حقه في الطعن ، لأن الدائن لا يعتبر أنه قد مثل غريمه في طعنه هو ولا التريم يعتبر أنه من خلفاء دائته ^(٤) .

ولا يمثل المدين والكفيل أحدهما الآخر ، لافي التداعي ولا في الطعن في الأحكام . فليس للكفيل إذا لم يكن خصماً حق الطعن في الحكم الصادر على المدين . فإن كان خصماً فله الطعن ولو كان المدين قبل الحكم أو فوت ميماد الطعن فيه ، بل له أن يبنى طعنه على ما كان يصح للمدين أن يبنى طعنه عليه من أسباب ^(٥) . ولكل من الضامن والمضمون أن يطعن في الحكم الصادر عليهما في الدعوى

(١) ن . ف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٥٠ (س ٥١ — ١ — ٣٦٤) و (د ٥١ — ١ — ٢٨٦) وقد أشير إليه في كارتنيه ققرة ١٣٠٤ وتعليقات دالوز ققرة ٥١١

(٢) ولا يشترط أن يكون بيد الدائن حكم بدنه ثبت له صفته بل حسب أن يكون له سند بالدائن غير متنازع فيه . ن . ف أول يونيو سنة ١٨٥٨ (د ٥٨ — ١ — ٢٣٦) وفاى س ٦٩ وهامش ١٠

(٣) ع . ف ١٠ يناير سنة ١٨٥٥ (د ٥٥ — ١ — ١٦٨) وجارسونيه س ٦٢٢ هامش ١٤ . وقد أجازوا للدائن — اعتباراً بماله من الحق في اتخاذ الاجراءات التحفظية — أن يتولى إعلان الحكم الصادر من دائرة العرائض للخصوم ، إذا خشي إهمال مدينه في ذلك (ن . ف أول يونيو سنة ١٨٥٨ (د ٥٨ — ١ — ٢٣٦) ولا مانع في مصر من أن يتولى الدائن تبليغ الطعن المرفوع من مدينه لخصومه ، وأن يحضر أمام محكمة النقض ، وإنما عليه أن يقدم مذكرة بدفاعه في الميعاد المحدد قانوناً لذلك بالنسبة لرافع الطعن .

(٤) فائى س ٧ وجارسونيه س ٦٢٢ وهامش ١١ وبرتوار دالوز ققرة ٢٧٩ وحكم ١٤ أبريل سنة ١٨٠٦ (بالرجع ذاته س ١١١ هامش ٣)

(٥) وبرتوار دالوز ققرة ٢٨٠ و ٢٨١

الأصلية ودعوى الضمان القرعية ، كل منهما في حدود مصلحته ^(١) على ما سترى تفصيله في الفصل الثالث من هذا الباب .

٢٥٤ — ولا يعتبر رافع الطعن أنه كان حقا طرفاً في الخصومة الأولى — على ما تقدم ذكره — إلا إذا كان قد رفع طعنه بالصفة ^(٢) التي اتصف بها من قبل وأنبأت عن هو صاحب الحق في الخصومة ، فإن استبدل بصفته صفة أخرى صار خصماً جديداً لا يقبل منه طعن ولا تدخل في طعن يرفع من غيره . وعلى ذلك فن حضر الخصومة الأولى عن قسه لا يقبل منه الطعن إذا رضه متصفاً بأنه وصى فلان أو ناظر الوقف الفلاني ، وبالعكس ^(٣) .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا اشترك جماعة من الملاك في دعوى رفعوها بأسمائهم وساروا فيها كذلك ، كل واحد عن قسه ، حتى صدر الحكم عليهم برفضها ، ثم طعن أحدهم في الحكم باسمه وبصفته رئيساً للبقية التي ألقوها للدفاع

(١) ولو كان الضامن هو الذي استأنف وحده حكم محكمة الدرجة الأولى ، ولم يكن المضمون إلا استأنفاً عليه فقط . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا حكمت محكمة ابتدائية بطلان بيع جبرى في عقار وبإلزام المائن طالب البيع بتضمين من رسا عليه الزاد ما دفعه من ثمن وتكبده من مصاريف ثم استأنف هذا المائن وحده الحكم واخصم في استئنافه مدعى الاستحقاق والراسى عليه الزاد وقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي ، فإنه يكون لمراسى عليه الزاد أن يشترك في الطعن مع ضامنه ولو لم يكن هو قد استأنف حكم محكمة الدرجة الأولى على مدعى الاستحقاق لأن الضامن (المائن المباشر لاجراءات البيع) قد مثله في الاستئناف الذى رفعه هو عن ذلك الحكم (ن . ف ١٨ يونية سنة ١٨٦٦ ، ١٦٦ - ١ - ٣٣٢) وجازسويه ص ٦٢٢ هامش ١٣

(٢) صاحب الصفة في الدعوى هو نفس صاحب الحق الذى به ، وقد ألقوا به من يثله فيها من ولي أو وصى أو قيم أو وكيل أو نائب عنه نيابة شرعية أو قانونية أو اتفاقية . وبهذا المعنى يقال « رفع فلان هذه الدعوى بصفته الشخصية أو بصفته وكيلاً أو قياً أو ولياً على فلان » . ومن الفقهاء من استغنى عن شرط الصفة واكتفى بشرط المصلحة مع اشتراط كونها شخصية ومباشرة فيكون عندهم معنى قولك « لفلان مصلحة » أنه له مصلحة مباشرة في رفضها . أما الوكيل وغيره من النائين فلا يشترطون فيه إلا أن تكون لهم السلطة في رفع الدعوى وأن يكون رفضها داخلاً في حدود هذه السلطة الممنوحة لهم شرعاً أو قانوناً أو اتفاقاً (جلاسون وتيسيه ج ١ فقرة ١٨١ وموريل في موجزه في المرافعات ص ٤٤ فقرة ٣٠)

(٣) ن . م . م ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٠ ص ٤٣)

عن مصالحهم ، بنير أن يذكر أنه يعمل في هذا الطعن بصفته وكيلاً عنهم وبنير أن يذكر أسماءهم على الوجه المبين بالحكم المطعون فيه يكون طعنه غير مقبول بالنسبة لأولئك الشركاء لرفضه منه ولا صفة له عنهم^(١) .

ومن كان قد خاض شركة باعتباره دائناً لها ووصياً على أولاد أحد شركائها القصر ، إذا اقتصر في تقرير الطعن على الانتصاف بصفته الأولى ، ثم استدرك ما فاتته من ذكر صفته الثانية في المذكرة الشارحة لطحنه المقدمة بعد الميعاد ، كان طعنه بصفته الثانية غير مقبول^(٢) . ووكيل الدائنين إذا طعن في الحكم الصادر على التفليسة بوصف أنه وكيل الديانة فقط ، لا يجوز له أن يعيب على الحكم قضاءه عليه هو بالمصاريف ما دام لم يطعن فيه بصفته الشخصية^(٣) .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا أذن المجلس الحسبي أوصياء ثلاثاً في بيع جزء من نصيب جميع القصر المشمولين بوصايتهم ، وأجرت واحدة منهم المزايدة ، ثم أذن المجلس هذه الوصية في مطالبة المشتري بجميع الثمن ، فرفضت الدعوى بمقتضى هذا الإذن ، ولكن انتصفت فيها بأنها الوصية على أولادها القصر فقط ، ومع ذلك عملت لجميع القصر ، وكان ذلك ملحوظاً لدى محكمة الدرجة الأولى فأشارت إليه في حكمها الذي قضى لهذه الوصية بطلباتها ، ثم استؤنف هذا الحكم ، ولدى محكمة الاستئناف — بعد أن صدر قرار المجلس الحسبي بافراد هذه الوصية في إغاذ هذا البيع عن القصر جميعاً — أبرزت هذه الوصية صفتها عن جميع القصر في مذكرتها الأخيرة التي قدمتها للمحكمة مرفقة

(١) كاربنتيه ققرة ١٢٢١ وما بعدها ون . ف ٩ ديسمبر سنة ١٨٨٣ (س ٨٥ — ١ — ٥٠٣) ومثله ن . ف ١٢ مارس سنة ١٨٦٤ (س ٦٧ — ٥ — ٥٩) وأشير إليه في كاربنتيه ققرة ١٢٢٣

(٢) ن . ف ٢٦ يولييه سنة ١٨٤٣ (س ٤٣ — ١ — ٨٨١) وأشير إليه في ربرتوار دالوز ققرة ٢٧٢

(٣) ن . ف ٩ يولييه سنة ١٨٩٤ (س ٩٥ — ١ — ٣٥٨) وأشير إليه في فاي ص ٧٣ هامش رقم ٢٩

بصورة قرار المجلس — فإذا حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى ، اعتبر هذا الحكم صادراً على القصر جميعاً ، وكان لهذه الوصية أن تمثلهم جميعاً في الطعن في هذا الحكم بطريق النقض ^(١) .

٢٥٤ (مكرراً) — ولمعرفة ما إذا كان الطاعن قد كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، وما إذا كان قد رفع طعنه بصفته القانونية التي انتصف بها أمام محكمة الموضوع ، يجب الرجوع إلى ما جاء بديباجة الحكم المطعون فيه ومنطوقه وأسبابه والأوراق الملحقة به ومطابقة ذلك على ما جاء بتقرير الطعن ^(٢) .

كون الطاعن ذا مصلحة

٢٥٥ — ولا يكفي لقبول الطعن أن راضه قد كان طرفاً في الخصومة الأولى ورفع طعنه متصفاً بنفس الصفة القانونية التي كان انتصف بها في تلك الخصومة لحسب ، بل يجب أن يكون له فوق ذلك مصلحة في الطعن ^(٣) .

(١) ن . م . م . ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد ٣ رقم ٨٣ والمهام ١٣ رقم ٣٤٧ ص ٧٠١) . رفض الوصية هذا الطعن عن جميع القصر وإذا رأى خصيمها في ديباجة الحكم المطعون فيه أنها وصية على أولادها القصر فقط دفع بعدم قبول الطعن منها عن عدا أولادها من أولاد زوجها القصر المشمولين بوصاية أمهاتهم فاستظهرت محكمة النقض من أوراق الدعوى ، وبخاصة من المذكرة التي أعلنت الوصية صورة منها لخصمها بد أن انتصف فيها بأنها الوصية على فلان وفلان الخ الذين هم جميع القصر وذلك بناء على قرار المجلس الحسي ، استظهرت محكمة النقض أن هذه الوصية قد مثلت فضلاً عن جميع القصر أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه القاضي برفض دعوائهم جميعاً ، ولذلك حكمت برفض هذا الدفع وقبول الطعن وفي الموضوع بتقضى الحكم المطعون فيه وتأييد الحكم المستأنف .

(٢) فإذا لم يكن بالحكم عند إرادته أسماء الخصوم وصفاتهم إلا قوله « ورثة فلان » أو « فلان وآخرين » فلا يقبل الطعن ممن لم يذكر اسمه ، لا في الحكم ولا في صحيفة افتتاح الدعوى (جارسوني ص ٦٢١ وهامش ٦ وبرتوار دالوز فقرة ٢٦٩ وما بعدها)

وقد قضى بعدم قبول طعن من ذكر اسمه خطأ في الحكم ، ولم يكن في الخصومة فضلاً (ج . ف ٩ يولييه سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ — ١ — ٥٥ وأشير إليه في تعليقات دالوز فقرة ٥٠٧)

(٣) جارسوني فقرة ٣٥٣ وهوامشها وتبنييه ص ٤٥٦ وهوامشها وظل فقرة ٤٥ وهوامشها وتعليقات دالوز فقرة ٦٢٠ إلى ٨٧٥

وقاعدة أن « المصلحة مقياس الدعوى » تطبق حين الطعن بطريق النقض كما تطبق في الدعوى حين رفضها وحين استئناف الحكم الذي يصدر فيها ، فمن لا مصلحة له في طعن لا يقبل منه هذا الطعن . ولحكمته النقض أن تحكم من تلقاء نفسها^(١) بعدم قبول الطعن متى تبجلى لما من بيانات الحكم المطعون فيه نفسه ومن أوراق المرافعات الملحقة به أن لا مصلحة للطاعن^(٢) . ولها كذلك أن تقرر بأن لا حاجة بها إلى بحث أى وجه من وجوه الطعن لعدم إنتاجه أو لعدم قيام أية مصلحة منه للطاعن^(٣) .

والمراد بالمصلحة أية فائدة مادية أو أدبية^(٤) يفيدها الطاعن من استصدار حكم من محكمة النقض في مسألة قانونية معينة يكون الحكم المطعون فيه قد فصل فيها فصلاً ضاراً به^(٥) ، سواء أكانت تلك الفائدة قليلة الأهمية^(٦) أم عظيماً ، وسواء أبقيت تلك المصلحة كما كانت عند صدور الحكم أم زالت عند رفع الطعن^(٧) .

- (١) لاعتبارها من قواعد النظام العام (كاربنتييه قرة ١٠٧٤)
- (٢) المرجع السابق من تيسيه هامش نمرة ٥ وأشير فيه إلى ن . ف ٢٧ يونه سنة ١٩١٢ (س ٩١٣ — ١ — ١٢) وكاربنتييه قرة ١٠٧٣ و ١٠٧٤ وتعليقات دالوز قرة ٦٢٤ وينبجى لمحكمته النقض أن تقضى بقبول الطعن متى كان النزاع على المصلحة يقتضى منها بحث وقائع الدعوى وموضوعها بحثاً موضوعياً لاحق لها في البسؤل فيه
- (٣) تعليقات دالوز قرة ٦٢٥ وع ف ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ (د ٩٠١ — ١ — ٧٦) ون . ف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ (د ٩٠٣ — ١ — ١٥١)
- (٤) وقد قضى بأنه إذا تنازل المحكوم له عن الحكم المطعون فيه ومرضى مصاريف الطعن على الطاعن ، فلا يترتب على ذلك الحكم بعدم قبول الطعن لعدم المصلحة إذا كان الحكم قد أضر بمصرف الطاعن وصحته التجارية وتلفت مصلحة الأديبة هذه بقض الحكم (كاربنتييه قرة ١١٤٠ ون . ف ٢٧ أغسطس سنة ١٨٥٦ (د ٥٦ — ١ — ٣٦٤)
- (٥) فائ قرة ٤٥ وهامش ١٩ ن . ف ١٨ يونه سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٤٧١)
- (٦) كأن تكون المصلحة مجرد الاقالة من المصاريف المحكوم بها (جارسونييه ص ٦٢٤ وهامش نمرة ٣) وتيسيه ص ٤٥٦ ون . ف ٨ يناير سنة ١٩٠٣ (س ٩٠٣ — ١ — ٤٣)
- (٧) جارسونييه ص ٦٢٤ وهامش ٤ وفائ قرة ٤٥ ص ٧٣ وتعليقات دالوز قرة ٧٨٤ وما بعدها .

والمصلحة النظرية البعثة لاتصلح أساساً للظمن^(١). فن ظمن في الحكم الصادر لمصلحته بخلافه من الأسباب لا يقبل ظمنه^(٢)، ومن عاب على حكم قصوره عن التقرير بإثبات ما طلب إثباته بمحضر الجلسة من حفظ حقه في مداعة خصمه ببعض أسرته لا يقبل منه ما عاب به^(٣). وقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية والمصرية على إهمال ما لا يكون فيه من أسباب الظمن أية مصلحة للطاعن^(٤).

ومن تطبيقات محكمة النقض المصرية أن قاضياً من قضاة المحكمة المختلطة قدم استقالته أثناء محاكمته التأديبية قبلت الجمعية العمومية المختصة بتأديبه هذه الاستقالة وأسقطت عنه الدعوى التأديبية وأحالته إلى الماش، فادعى على الحكومة أن وزارة الحفانية المختصة هي بقبول استقالته لم تقبل الاستقالة، ولذلك طلب الحكم باعتبار الاستقالة كأن لم تكن واعتباره باقياً في وظيفته للآف وإلزام الحكومة بدفع الفرق بين معاشه الذي رتب له ومرتبته الذي كان يستحقه... فدفعت الوزارة بعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى وطلبت احتياطياً الحكم بعدم قبول الدعوى أو برفضها. وبعد المرافعة في الدفوع وفي موضوع الدعوى حكمت المحكمة الابتدائية بعدم الاختصاص ومحكمة الاستئناف أيدت الحكم المستأنف. فظمن القاضي في الحكم مدعياً أنه لا يرى من طلبه الحكم في الدعوى باعتبار الاستقالة كأن لم تكن إلى أن تحقق له المحكمة أثر هذا

(١) جارسونية ص ٦٢٥ آخر هامش رقم ٨ وتعليقات دالوز من فقرة ٦٢٧ لثانية ٦٥١ وقد قضى بأنه لا يجوز التمسك على حكم أنه قد أخطأ حكم القانون خطأ نظرياً صرفاً لا أثر له في مصلحة الطاعن ولم يدع عليه منه ضرر. ن. ف. ١٩ يولييه سنة ١٨٩٤ (س ٩٥ - ١ - ٣٥١) وقال جارسونية عند استشهاده بهذا الحكم إن قاعدته تختلط بقاعدة أخرى محصلها أن مخالفة أى حكم للقانون يجب أن تكون في منطوقه وأنه إذا وقع الخطأ في بعض الأسباب واستقام الحكم مع ذلك عمولاً على أسباب أخرى فانه يجب رفض الظمن، قال وهكذا ترى أن مؤدى القاعدتين واحد.

(٢) ن. ف. ١٨ يولييه سنة ١٨٩٥ (٩٥ د - ١ - ٤٧١)

(٣) ن. ف. ٢٥ ابريل سنة ١٨٩٤ (٩٤ د - ١ - ٣٢٧)

(٤) ربرتوار دالوز فقرة ٣٢٣

الاعتبار في الواقع بإرجاعه إلى وظيفته الأمر الذي يسلّم هو بأنه ليس من اختصاص القضاء، بل هو إنما يرى بهذا الطلب إلى التقرير ببطالان هذه الاستقالة من الوجوه القانونية التي قدمها وهذا القدر هو في نظره مما يختص به المحكمة. ومحكمة النقض بعد أن أثبتت في صدر حكمها — قلا عن الحكم لمطعون فيه — أن محكمة الاستئناف بحثت هذه الوجوه القانونية التي ادعاها الطاعن واعتمد عليها في قبول الدعوى، وبعد أن قالت إن الحكم الصادر بدم الاختصاص صحيح قانوناً — بحثت الدعوى على اعتبار أنها مجرد دعوى تعويض مترتب على مخالفة الحكومة للقانون مما يختص به القضاء الأهلي بحسب الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية — بعد ذلك قالت: «وحيث إنه إذا كان الطاعن لا يزال يناقش في حق الجمعية العمومية في قبول هذه الاستقالة، ويقول — كما هو الحق — إن الاستقالة في هذه الصورة لا بد من قبولها أيضاً من وزير الحفانية، فالحكم للمطعون فيه قد أثبت — كما سبق الذكر — ما كان من وزير الحفانية من الاطلاع على قرار الجمعية العمومية الأول وعدم الاعتراض عليه. مما هو من جانبه قبول واضح للاستقالة، وما كان منه من بعد من موافقته صراحة على رأى الجمعية العمومية من سبق قبول الاستقالة، مما يؤكد مرة أخرى حصول القبول من جانبه، وإذن فالاستقالة قد تمت وقبّلت من قبل الجمعية العمومية والوزير معا. وحيث إنه متى كان الأمر كذلك، وكان الاجراء الادارى الذي تم فيما يتعلق بهذه الاستقالة هو إجراء صحيحاً فإن الدعوى بطلب فرق الماهية على اعتبار أنها مرفوعة طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من لأئحة الترتيب تكون متعينة الرفض، وكان لمحكمة الاستئناف أن ترفضها موضوعاً. وحيث إن أسباب الحكم للمطعون فيه تصلح في واقع الأمر أسباباً للحكم برفض الطعن موضوعاً، ومتى كان الأمر كذلك فقد أصبحت مصلحة الطاعن في هذا الطعن (أى في شأن الاختصاص) مصلحة نظرية صرفاً، لا يعياً بها قانوناً».

ولذلك يتعين الحكم برفض الطعن لعدم المصلحة»^(١) .
ولمحكتنا حكم آخر تتحصل قضيته في أن محكمة الاستئناف حكمت في استئناف رفع لها من أختين بعدم قبول استئناف إحداهما ، لأنه لا صفة لها في الخصومة (لأن التوكيل الذي أصدرته لحاميها الذي رفع لها الاستئناف لم يصدر منها إلا بمدرسه) وبعدم اختصاص المحكمة بنظر الاستئناف المرفوع من الثانية .
فمحكمة النقض بحثت الطعن المرفوع عن الحكم الصادر بعدم الاختصاص فأرأته لا يستوجب نقض الحكم ، ثم بحثت الطعن المرفوع عن الحكم الصادر بعدم قبول الاستئناف المرفوع من السيدة الأولى فأرأت الحكم غير صائب ، ثم قالت :
« لكن حيث إن مصلحة هذه السيدة التي حكم بعدم قبول استئنافها لعدم الصفة هي مصلحة نظرية صرف ، لأنه لو كان استئنافها قد قبل لأية الملتين اللتين تزعم هي أنهما موجبتان لقبوله ... فانه يكون قد رفع إلى محكمة غير مختصة والعاقبة فيه تكون كالعاقبة في الاستئناف الآخر المرفوع من أختها ، ولذلك يتعين الحكم برفض الطعن»^(٢) .

٢٥٦ — ومناطق المصلحة الحقة إنما هو كون الحكم المطعون فيه قد أضر بالطاعن^(٣) حين قضى برفض طلباته كلها أو قضى له ببعضها دون بعض ، إذا

(١) ن . م . م . ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ (الحامدة س ١٥ ق ١ ص ٣٩٧ رقم ٢٠٧ والفائز والاقتصاد س ٥ رقم ٤٤ ص ١٥٩)

(٢) ن . م . م . ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ (الحامدة س ١٥ ق ١ ص ٢١٣ والفائز والاقتصاد س ٥ رقم ٢٠ ص ١٧٨) وينبغي التنبيه إلى أن الحكم المتألف قد كان صادرا من محكمة جزئية ، ورفع الاستئناف عنه إلى محكمة الاستئناف ، فكان على محكمة الاستئناف أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بنظره ، وهذا يستقيم الحكم على أساس أن عدم اختصاص محكمة الاستئناف بنظر الاستئناف عن حكم جزئي هو من قواعد النظام العام .

(٣) فائز رقم ٤٥ ص ٧٣ هامش ١٩ ، وتيسيه ص ٤٥٦ وهامش ٣ وقد صرح محكمة النقض الفرنسية بهذه القاعدة في حكمها المؤرخ في ٩ أبريل سنة ١٨٦٢ (١٨٦٢ - ١ - ٤٦٨) إذ قالت : الأصل أن لا حق لحصم في الطعن في حكم إلا إذا أضر به ، ولا يترتب الحكم أنه أضر بحصم إلا إذا كان قد رفض له طلباً . وانظر ح . ف ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٨ (س ١٩ - ١ - ٢٧٧) ون . ف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ (١٩٠٢ - ١ - ١٥١)

و ح . ف ١٤ فبراير سنة ١٩٢٣ (جازيت دي باليه ١٩٢٣ - ١ - ٧١٤)

كان مدعيا أو مستأثما أو خصما منضما لدع أو مستأنف ، أو حين لم يأخذ الحكم بدفاعه إذا كان مدعى عليه أو مستأثما عليه أو خصما منضما لها وقضى عليه لخصمه بما طلب كله أو بعضه . فن كانت له طلبات أصلية وطلبات احتياطية جاز له الطعن في الحكم إذا صدر برفض طلباته الأصلية ، ولو قضى له بطلباته الاحتياطية^(١) . ولا يعتبر من فوض الرأي للمحكمة في الدعوى أنه لا مصلحة له في الطعن ، بل يعتبر أنه قد نازع خصمه في طلباته ، ولذلك يكون له أن يطعن في الحكم لو قضى عليه بشيء لخصمه^(٢) .

٢٥٧ — والمصلحة التي يجب الاعتداد بقيامها في الطعن هي المصلحة الحالية (actuel) الشخصية^(٣) أي مصلحة الطاعن نفسه بصفته التي يعمل بها لا مصلحة غيره من شركائه أو من خصومه . ويكفي لاعتبار المصلحة حالة أن تكون برؤية التحقق ، فالطاعن غير ملزم بالتربص بطعنه حتى يطالبه خصمه بما يكون نتيجة لما حكم عليه به^(٤) .

وقد ذهبنا في اشتراط المصلحة بهذا المعنى مذهب من استغنى بها عن

(١) ولو كان القضاء برفض الطلبات الأصلية مستفادا من أسباب الحكم ، فقد قضى بأن من ادعى ملكية أشجار غرسها على رأس غيطه في طريق قرية من القرى ، وأنه على كل حال قد تملكها بوضع اليد لمدة الطويلة ، يكون له الحق في الطعن في الحكم الصادر بإحالة القضية إلى التحقيق لآليات وقائع وضع اليد المدعاة بالينة ، مادام الحكم قد نفي في أسبابه أنه هو المالك للأشجار بالفرس (كاربنتيه ققرة ١١٥٢ ون . ف ٣ فبراير سنة ١٨٦٨) (د ٦٨ — ١ — ١٢١) و (س ٦٨ — ١ — ٥٥) . وقد كان هذا الحكم المظنون فيه تمهيدا في ظاهره ، وقد استفاد الطعن فيه في فرنسا ، لأن الطعن في الأحكام التمهيدية جائز عندما يمكن في مصر اعتبار مثل هذا الطعن واردا على الجانب القطعي للقضية به في الأسباب .

(٢) تعليقات دالوز ققرة ٨٣٠ ون . ف ٢٠ يناير سنة ١٨٩٧ (د ٩٧ — ١ — ١٣٨)

(٣) فائ ققرة ٤٥ ص ٧٣ و ٧٤ وجارسونيه ص ٦٢٥ وبهامش ١٦ الأحكام المؤيدة للقاعدة .

(٤) جارسونيه ص ٦٢٤ هامش ٤ ون . ف ٢٧ مايو سنة ١٨٩٧ (س ٩٨ — ١ — ٧٩) وقد كان الحكم يتضمن القضاء بالرسوم والمصاريف والفرامات للشفقة على الأوراق المقدمة في الدعوى .

« الصفة » باعتبارها شرطاً لقبول السأوى والطعون في الأحكام^(١) . فإذا لم تكن مصلحة الطاعن شخصية كان طعنه غير مقبول لانعدام مصلحته أو لانقضاء صفته . وقد قضت محكمة بأن من خوصم بصفته عمدة الناحية في قضية وضع يد رفعت عليه وعلى وزارة الأشغال ومفتش الري وإحدى المديریات وطلب فيها الحكم بمنع تعرضهم للدعى في الانتفاع بمسقى خصوصية ، ثم قضى بمنع تعرضهم جميعاً وبالزامهم ما عدا العمدة بالمصاريف ، لا يكون له صفة في الطعن في هذا الحكم ، لأنه اختص بصفته عمدة الناحية ، وكان يمكن قصر الخصومة على وزارة الأشغال فقط أو عليها وعلى تفتيش الري والمديرية ، ولأنه هو نفسه اعتمد على صفته هذه في طلب الحكم بإخراجه من الدعوى ، وقد لاحظت محكمة الدرجة الأولى هذه الصفة أيضاً فلم تلزمه بشئ من المصاريف وتابعتها في ذلك محكمة الاستئناف إلى أن قالت محكمة التفرض : وقد عرف الطاعن في الخصومة الأولى أنه خصم تابع لغيره ، فإيكون قضاء على الخصم الأصلي يكون قضاء على من يتبعه بالضرورة ، ومتى انقطع حق الأصيل في الطعن ، وقد انقطع فعلاً (لأنه نفذ الحكم المطعون فيه) ، زال حق التابع فيه^(٢) .

٢٥٨ - وينتج من جميع ما تقدم :

أولاً - أن لا مصلحة لطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم وفق طلباته أو محققاً لمقصوده منها^(٣) . ومن قضاء محكمة أنه إذا كان كل من الخصمين قدم للمحكمة الابتدائية طلباته في موضوع الدعوى ، وكان كلاهما قد استأنف الحكم التمهيدى الصادر فيها وطلب إلغاءه والحكم في موضوع الدعوى بطلباته ، ورأت محكمة الاستئناف أن هذا الموضوع صالح للفصل فقصلت فيه ، فلا يجوز

(١) راجع ما قلناه في صفحة ٥٣٢ هامش رقم ٢ .

(٢) حكم ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ . (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٢ ص ٤٨ والحاماة

س ١٦ رقم ٢١٣ ص ٤٩٢)

(٣) جارسونية ص ٦٢٥ وهوامشها ، وفأى فقرة ٤٥ ص ٧٣

من بعد الطعن في حكمها بدعوى أن هذا الحكم قد فصل في موضوع الدعوى بغير أن يكون صالحاً للحكم^(١).

ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية في ذلك أن من استأنف حكماً أصدرته المحكمة التجارية في موضوع دعوى وطلب من محكمة الاستئناف إذا هي رأت (على خلاف الحكم المستأنف) أن المحكمة التجارية غير مختصة أن تفصل في موضوع الدعوى ، لا يجوز له أن يطعن في حكمها الصادر في الموضوع بزعم أن المحكمة المدنية هي التي كان يجب إحالة الدعوى إليها لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها أمامها^(٢) . وأن الطاعن إذا بنى طعنه في جزء الحكم الصادر عليه على وجه يترتب على قبوله قضي جزء الحكم الآخر الصادر لمصلحته فإن طعنه يكون غير مقبول^(٣) .

(١) ن . م . م . ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ (المقامة س ١٦ رقم ١١٨ ص ٢٨٥) (٢) ع . ف ٨ يناير سنة ١٨٩٥ (١٩٥٥-١-٣٥٨) وتتلخص القضية في أن دعوى رُفعت إلى المحكمة التجارية طلب فيها الحكم بدفع ثمن عقار كان رفع بشأنه دعوى استحقاق أمام المحكمة المدنية ، فطلبت إحالة الدعوى إلى المحكمة المدنية لما بين الدعويين من ارتباط ، والمحكمة التجارية حكمت باختصاصها هي بنظر الدعوى ، وحكت في الموضوع ؛ استؤنف الحكم وطلب للاستئناف من محكمة الاستئناف إذا رأت عدم اختصاص المحكمة التجارية أن تفصل في موضوع الدعوى (أى بغير إحالة إلى محكمة الدرجة الأولى المدنية) فأيدت محكمة الاستئناف الحكم بجميع أجزائه ، ولما طعن في هذا الحكم قالت محكمة النقض إن محكمة الاستئناف هي المختصة أصلاً بنظر الموضوع سواء أ كانت الدعوى تجارية أم مدنية وإنما فوق ذلك قد فصلت في الموضوع كما طلب ذلك منها المستأنف نفسه ، فليس له بعد أن يطعن في الحكم الاستئنافي على زعم أنه كان ينبغي لمحكمة الاستئناف أن تلي الحكم المستأنف وتحيل الدعوى إلى المحكمة المدنية القائمة أمامها تلك الدعوى المدنية المرتبطة به بها .

(٣) ع . ف ٢٣ يناير سنة ١٩١١ (٩١١٥-١-٢٣٩) وتتلخص القضية في أن بلدية (روان) طالبت شركة المياه بها بقيمة ما تستحقه لديها من إشغال بعض الطرق بمواسير المياه ، فأنكرت الشركة على البلدية هذه الحقوق ، واستند كل من الخصمين إلى عقد المفاولة الذى تم بينهما ، حكمت محكمة الدرجة الأولى بإلزام الشركة بدفع للمدى به وأجازت للبلدية سبيل الإكراه البدنى لتحويل المحكوم به على ما جرت به الأوامر واللوائح الإدارية النافذة في مثل صورة الدعوى ، ولكن محكمة الاستئناف أيدت الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام الشركة بدفع ما استحق عليها وألغته فيما عدا ذلك . فطعن البلدية في هذا الحكم زاعمة أن محكمة الاستئناف جهرضها لتفسير عقد المفاولة الذى هو من اختصاص السلطة الإدارية ، قد أخلت بأصل الفصل بين السلطات الذى هو من النظام العام . ولكن محكمة النقض لم تقبل هذا الوجه =

ومن حكم لمصلحته بإجابة طلباته في موضوع الدعوى ورفض ما قدمه فيها من دفعات شكلية أو موضوعية ، لا يجوز له — إذا طعن خصمه في الحكم الصادر عليه — أن يطعن هو طعنًا فرعيًا فيما قضى به هذا الحكم من رفض دفعه (١) .

٢٥٩ - ثانيًا - لا مصلحة لطاعن في الطعن فيما يكون قد صدر به الحكم على غير مصالحة خصمه ؛ ذلك بأن الحكم الصادر برفض ما طلب الخصم الحكم به على الطاعن يعتبر أنه في واقع الأمر حكم لهذا الطاعن ، وقد بينا من

== من وجوه الطعن وأثبتت في حكمها أن محكمة الموضوع لم تتول في قضائها بإلغاء الحكم المستأنف — فيما قضت بإلغائه — على تفسير عقد القالة ، وإنما عولت على عدم مصروعية العوائد المربوطة عن إشغال هذه الطرق ، لأن وزير الداخلية لم يكن اعتمدها . ثم لاحظت أن الذي كان يهم البلدية حقا هو اعتبار العركة مشولة عن إشغال الطريق ، وقد قضى لمصلحتها في ذلك ، وأنه لو قبل وجه طعنها هذا المقدم الذكر لفض الحكم من أساسه وعاد هذا عليها بخسران ما حكم لها به .

(١) ن . ف . ٥ مايو سنة ١٨٧٩ (س ٧٩ - ١ - ٣٠٢) وبما قاله المستشار ماسيه Massé في تقريره الذي تلاه بالجلسة أن قضاء محكمة التقضى قد جرى على رفض طعن صاحب الدعوى ، اكتفاء بما يكون له من حق إيدائها مجدداً أمام محكمة الإحالة لو تفض الحكم المطعون فيه بناء على طلب الخصم الذي صدر عليه الحكم في موضوع الدعوى . وشرح ذلك فقال إن الحال لا يخلو من أحد أمرين : إما أن تحكم محكمة التقضى برفض الطعن الأصلي المرفوع عن الحكم الصادر في موضوع الدعوى فيبقى الحكم على ما هو عليه ، وإذن فلا ضرر منه على صاحب الدعوى . وإما أن يتفض الحكم فيعود صاحب الدعوى إلى سابق مركزه من الدعوى فيكون له تقديم دفعه لدى محكمة الإحالة ، وإذن فتعين الحكم بعدم قبول الطعن الفرعي لعدم المصلحة .

وقد استشهد المستشار في ذلك بحكم المحكمة الصادر في ٧ أبريل سنة ١٨٥٢ (س ٥٢ - ١ - ٤٠٧) حيث جاء به أن فلانا — الذي كان صدر الحكم في موضوع الدعوى لمصلحته — ما كان يجب عليه بل ما كان يستطيع — عند طعن خصمه في الحكم — أن يرفع طعنًا عما قضى به من رفض الدعوى : إذ الحكم لا يعتبر في مثل صورة الدعوى أنه متعدد الأجزاء وأن لكل من الخصوم أن يطعن في الجزء الذي يتضرر منه ، بل يجب اعتباره وحدة لا أجزاء لها إذا تفض انتفض كله ، وعاد صاحب الدعوى إلى مركزه السابق في الدعوى قبل صدور الحكم المقضى فيكون له الحق في تدمير ما شاء من دفعات أمام محكمة الإحالة . ولقد أخذت محكمة التقضى برأى مستشارها المقرر فقالت في حكمها (٥ مايو سنة ١٨٧٩) إنها إذ تفض بعدم قبول الطعن الفرعي المقدم من صاحب الدعوى لعدم المصلحة تبين حكمها في ذلك على أن الطعن الأصلي من المحكوم عليه ليس من شأنه في صورة الدعوى أن يخلق للخصم حقا في تقديم طعنه الفرعي مادام من المقرر أنه متى حكم بتفض الحكم المطعون فيه في مثل هذه الصورة يعود صاحب الطعن الفرعي إلى سابق مركزه من الدعوى فيدفعها بما شاء من دفعات ، حتى تلك التي يكون الحكم المقضى قد رفضها .

قبل أنه لا يجوز لحكم أن يطن في حكم صدر له ، لعدم المصاحبة في ذلك . ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية في ذلك : أن من حكم له برفض ما طلب خصمه من تعيين خير في الدعوى ، لا يجوز له الطعن بخلو الحكم في ذلك من أسبابه ، ولا بأنه قد أخطأ في عدم الاستجابة لخصمه فيما طلب ^(١) . وأنه لا يجوز لمن طلب أمام محكمة الاستئناف لأول مرة الحكم بسقوط حق خصمه في طلب التحقيق الذي أمرت بإجرائه محكمة الدرجة الأولى ، أن يطن في الحكم الذي أصدرته في موضوع الدعوى مستغنية به عن هذا التحقيق للأمور به ، بأنها طعنه على خلو هذا الحكم الضمني من الأسباب التي يكون قد نبى عليها ^(٢) .

وأنه لا يجوز لخصم أن يطن في الحكم الصادر برفض طلب خصمه إحالة الدعوى إلى التحقيق بالينة ^(٣) أو بوقف الدعوى حتى يخاضم هذا الخصم وكيله ^(٤) (action en désaveu) ولا في الحكم الصادر بعدم إلزامه بالمصاريف لخصمه ^(٥) ، أو بإلزامه بفوائد الكبيالة من تاريخ البروتستو (دون تاريخ

(١) ع . ف ٩ أبريل سنة ١٨٦٢ (د ٦٢ — ١ — ٤٦٨) وتلخص القضية في أن تصادماً بجريا حصل بين سفينتين فرغ قبطان السفينة التي عطبت منها على مالك السفينة الأخرى وقبطانها دعوى إلى المحكمة التجارية طلب فيها الحكم بمهديا بنديب خير لمعاينة السفينتين ولإثبات ما أصاب السفينة المطبوعة من تلف وتفسد قيمة إصلاحها حتى تعود صالحة للفر كما كانت ، فحكمت المحكمة في الموضوع بإلزام المدعي عليه بالقيام بإصلاح ما ترتب على خطئه من تلف لسفينة المدعي حتى تعود كما كانت ، على مصاريفه ، وأجازت للمدعي القيام بهذا الإصلاح على مصاريف المدعي عليه إذا امتنع عن القيام به . ومحكمة الاستئناف أبدت هنا الحكم فطن المحكوم عليه في الحكم الاستثنائي بأنها طعنه على أن المحكمة إذ قضت في الموضوع فرفضت طلب خصمه تعيين خير في الدعوى ولم تسبب حكم الرفض يكون حكمها باطلا ومخالفا للقانون . فلم قبل محكمة النقض هذا الطعن وقالت إن طلب تعيين الخير كان طلباً موجهاً [للقاطع من خصمه فلا يصح له هو أن يظلم من الحكم الصادر برفضه ولا من خلوه من الأسباب .

(٢) ع . ف ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ (د ٩٠١ — ١ — ٧٦) وأشير إليه في تعليقات دالوز فقرة ٦٨٠

(٣) حكم ١٧ مايو سنة ١٨٣٠ (ربرتوار دالوز فقرة ٣٠٤ / ١)

(٤) ع . ف ١٢ أغسطس سنة ١٨٤١ (س ٤١ — ١ — ٨٦٣) وأشير إليه

في ربرتوار دالوز فقرة ١٣٠٤

(٥) ن . ف ٢٩ ميسيدور سنة ٢ (ربرتوار دالوز فقرة ٣١٠)

سابق^(١) ، أو بعدم أخذ الحكم بقاعدة التقادم التي تمسك بها خصمه^(٢) ، ولا في الحكم الصادر عليه لخصمه بأقل مما طلب^(٣) ، أو الصادر له على خصمه بأكثر مما طلب^(٤) ، ولا في الحكم له على خصومه بالتضامن^(٥) .

والظاهر من مطالعة أسباب بعض هذه الأحكام أن الطاعنين كانوا يقيمون وجوه الطعن المتقدمة الذكر مع وجوه أخرى يبتغون بها نقض أجزاء الأحكام المنقضى بها عليهم لخصومهم .

٣٦٠ — ثالثاً — لا مصلحة لطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم على من كان معه في طرف من الخصومة — ولو توافقت مصلحتهم فيها جميعاً — إذا كان لا تضامن بينهم وكان الحق للتنازع فيه متبعضاً بينهم^(٦) ، إلا إذا كان وكلاء عنه^(٧) . فإن كان الحكم صادراً على اثنين وطعن أحدهما فيه عن نفسه فقط فلا يجوز له أن يستمسك بما كان يجوز لميله — الذي لم يطعن — أن يتمسك به من أوجه دفاعه الخاصة^(٨) . وأحد المستأقنين لا يجوز له إذا طعن وحده في الحكم أن يبنى طعنه على أن محكمة الاستئناف قد خالفت القانون فيما قضت به من رفض طلب خاص كان قدمه لها مستأنف آخر اشترك معه هو في الاستئناف^(٩) ، إلا إذا كان بين المستأقنين تضامن أو كان الحق غير قابل للتجزئة فإنه يجوز لأي

(١) ع . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٨١١ (ربرتوار دالوز قرة ٣١٠) وكاربنييه قرة ١٠٩٧
(٢) ن . ف ٩ فبراير سنة ١٨٠٨ (ربرتوار دالوز بالمرجع السابق وكاربنييه قرة ١٠٩٨)

(٣) ع . ف ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ (١٨٩٨ — ١ — ٣٠١)

(٤) ع . ف ٨ فبراير سنة ١٨٠٧ (ربرتوار دالوز قرة ٣١١)

(٥) ٩ يناير سنة ١٩٠٠ (١٩٠٠ — ١ — ٦٠٥)

(٦) فای قرة ٤٦ وتعليقات دالوز قرة ٧٠٨ إلى ٧١٣

(٧) ن . ف ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ (١٩٠٨ — ١ — ٢١٤)

(٨) ن . ف ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩٣ (١٨٩٣ — ١ — ٣٥٠)

(٩) ن . ف أول مايو سنة ١٨٧٦ (١٨٧٦ — ١ — ٤٨١)

منها أن يتمسك بما كان لزميله أن يتمسك به من أسباب تقتضي نقض الحكم ، لأن ضرر الحكم يتمدى إلى الطاعن في حالتي التضامن وعدم التجزئة ^(١) .

٣٦١ — راجعاً — ومن باب أولى لا مصلحة لطاعن فيما صدر به الحكم على من لم يكن من خصومه ولا من اتفقت مصلحتهم مع مصلحته ، لأن الحكم في هذه الصورة لا يمكن أن يلحق به ضرراً ما . ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من الحكم بعدم قبول طعن من عاب على حكم بدم الفصل في دعوى ضمان وجهها كفيل بالدين على آخر لا صلة له بالطاعن ^(٢) .

٣٦٢ — خامساً — لا مصلحة لطاعن في طعن يبينه على سبب لو صح واقتضى نقض الحكم المطعون فيه لما عاد عليه من هذا النقض أية فائدة له ^(٣) . ومن أمثلة هذه القاعدة أن دائناً خصص له كامل دينه في توزيع فتح بينه وبين دائنين آخرين على ثمن عين يبعث بالمزاد الجبرى فطعن أولئك الدائنون في الحكم الصادر في مناقضتهم في هذا التوزيع وكان وجه طعنهم أن جزءاً من دين مزاحمهم قد سقط الحق فيه بالتقادم وأنه يجب استبعاد ما خصص لهذا الجزء في التوزيع . فلما رأت محكمة النقض أن المال المكتفى توزيعه على جماعة الدائنين يضيّق حتى عن جزء الدين الذى لا نزاع في عدم سقوطه بالتقادم قضت بعدم قبول الطعن لعدم المصلحة ^(٤) . وفي طعن قدمه وارث وكانت حجته فيه أن فلاناً من خصومه محبوب بغيره عن الارث حجب حرمان ، قضت محكمة النقض بعدم قبوله كذلك لعدم المصلحة حين تبين أن نصيب من يرى وجوب حجبه عن الارث يؤول إلى غير الطاعن من الورثة ^(٥) . وقد قضت كذلك بعدم قبول الطعن المبني على خطأ الحكم

(١) ملحق دالوز بقرة ٨٠ وجارسونيه ص ٦٢٦ هامش ١٠

(٢) ن . ف ١١ نوفمبر سنة ١٨٠٧ (ربرتوار دالوز بقرة ٣٠٥) وتعليقات دالوز من بقرة ٧١٤ إلى ٧١٨

(٣) تعليقات دالوز من بقرة ٧١٩ إلى ٧٤٢ و ربرتوار دالوز بقرة ٣٠٨ وما بعدها .

(٤) ع . ف ١٤ نوفمبر سنة ١٨٢٦ (شير لايه في ربرتوار دالوز بقرة ٣٠٨ وفي فافى بقرة ٤٥ ص ٧٣ و هامش ٢٠) .

(٥) ن . ف ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٨ (١٩٩ د — ١ — ٤٤١)

المطعون فيه فيما قضى به من عدم قبول الاستئناف الفرعى الذى كان رفضه الطاعن بغير الكيفية الواجب رفضه بها ، وذلك لأنها لاحظت أن محكمة الاستئناف حين قضت بعدم قبول هذا الاستئناف الفرعى قررت أنها مع ذلك ترى أن الاستئنافات المرفوعة فى الدعوى واجبة الرفض موضوعاً^(١) . وكذلك قضت بعدم قبول طعن أحد المستأقنين فى الحكم الصادر عليهم بعدم قبول استئنافه هو شكلاً ورفض استئناف الباقيين موضوعاً ، حين تبين لها أن محكمة الاستئناف إن كانت قد أخطأت حقاً فى القضاء بعدم قبول استئناف الطاعن شكلاً فقد قضت مع ذلك فى واقع الأمر فى موضوع هذا الاستئناف برفضه وذلك بقضائها فى موضوع استئناف زملائه بالرفض ، وأنها بنت حكمها هذا على أسباب موضوعية حصلتها من وقائع الدعوى وظروفها ومستنداتها المقدمة منهم جميعاً تحصيلًا موضوعيًا لرقابة فيه لمحكمة النقض^(٢) .

٣٦٣ - سادساً - ولا يمتد بما يدعيه الطاعن من مصلحة فى الطعن ، إلا إذا وجه طعنه لنقص يكون له نوع مصلحة فى قيام الحكم المطعون فيه وفى الذود عنه وطلب الحكم برفض الطعن فيه^(٣) . وكثيراً ما قضى بعدم قبول الطعن الموجه إلى من لم تكن للطاعن قبله طلبات أمام محكمة الموضوع ، ولم يكن له هو طلبات قبل الطاعن كذلك^(٤) . وقد اختلفت دائرتا محكمة النقض الفرنسية

(١) ع . ف ٢ يولي سنة ١٨٠٧ و ٢٢ مارس سنة ١٨٢٥ وقد أشير إليهما فى ربرتوار دالوز قرة ٣٠٨

(٢) ن . ف ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ (٩٠ د - ١ - ١٦٥) ون . ف ٣١ يناير سنة ١٩١٠ (٩١١ د - ١ - ٢٠٣) . وكثيراً ما ظهر لمحكمة النقض أن بحثها فى وجه من وجوه الطعن أو فى شق من وجه منها وقضاءها فيه بعدم قبوله أو برفضه يجعل بحث غيره عديم الفائدة ، فتكتفى عندئذ بالقول بأن لا حاجة بها لبحث باقى الوجوه لعدم الفائدة منها للطاعن ثم تقضى برفض الطعن . انظر ع . ف ٥ نوفمبر سنة ١٨٨٨ (٨٩ د - ١ - ٤٠٤) و ع . ف ٤ يولي سنة ١٩٠٥ (٩٠ د - ١ - ٢٠٢)

(٣) تعليقات دالوز من ٧٥٥ إلى ٧٦٢ و ربرتوار دالوز قرة ٣٠٦ وملحقه قرة ٨١ وقاى قرة ٤٦ ون . ف ٢٦ أغسطس سنة ١٨٧٣ (٧٣ د - ١ - ٤٧٥)

(٤) ن . ف ٢٦ فبراير سنة ١٨٧٢ (٧٢ د - ١ - ١٠٩)

فما إذا كان يجوز لمستأنف خسر استئنافه وحكم عليه بالفرامة طبقاً للمادة ٤٧١ مرافعات أن يطعن بطريق النقض في القضاء بالفرامة ، وفين يجب اختصاصه في هذا الطعن إذا جاز رفعه ، هل يوجه إلى المستأنف عليه المحكوم له في موضوع الاستئناف وهو لا يعتبر محكوماً له بالفرامة ؟ فذهبت دائرة المرائض إلى عدم جواز الطعن ، وحبثها أن الحكم بالفرامة هو حكم صادر على هامش الخصومة الأصلية ولمصلحة الخزانة ، وليس يصلح المحكوم له في موضوع الاستئناف لأن يكون خصماً للذود عن الحكم المطعون فيه الصادر لمصلحة الخزانة^(١) . أما الدائرة المدنية فالظاهر من أحكامها القليلة التي أصدرتها في هذا الموضوع أنها — ترفقاً بالمحكوم عليه بالفرامة — تعتمد بما له من المصلحة الظاهرة في نقض الحكم فتقبل طعنه وتقتضي بنقض الحكم بغير إحالة ، معتمدة في ذلك على أن المدعى عليهم في الطعن وإن كانوا هم الذين صدر لهم الحكم في الموضوع إلا أنه لا مصلحة لهم في الجزء الذي تفضته من الحكم ، ولا مصلحة لهم من إحالة النظر فيه من جديد إلى محكمة الإحالة^(٢) . ولعل الصواب فيما يشبه هذه الصورة عندنا من مثل الحكم بالفرامة في إنكار الخطوط وفي دعوى التزوير القرعية أن يوجه الطعن إلى من يمثل الخزانة العامة قانوناً ، اعتباراً بأنه هو الذي يتولى حفظ حقوقها والدعابة بها منذ صدور الحكم بالفرامة . وهذا بالضرورة إذا كان الطاعن قد اقتصر على الطعن في الحكم الصادر عليه بالفرامة ، أما إذا كان طعنه قد شمل الحكم كله فلا حاجة بالطاعن إلى اختصاص النائب عن الخزانة ،

(١) فای قرة ٤٦ ص ٧٥ وهامش ٢٤ وتعليقات دالوز قرة ٧٥٩ وفيها سلسلة الأحكام الصادرة من سنة ١٨٥٩ لفاية سنة ١٩٠١ منها حكم ٦ يولية سنة ١٨٥٩ (٥٩ د - ١ - ٣٩٣) ع. ف ٤ يناير سنة ١٨٨٧ (٨٨ د - ١ - ٤٣٨) وكذلك ن. ف ١٤ يناير سنة ١٩٠١ (٩٠ د - ١ - ٢٥٢)

(٢) وهذا الرأي قد رجحه فای (قرة ٤٦ ص ٧٥) وأشار إلى حكي الدائرة المدنية الصادرين في ٢٦ أبريل سنة ١٨٣٠ و ٢٦ مارس سنة ١٨٤٥ ، ثم استشهد بحكمها التي أصدرته في أول مايو سنة ١٨٩٥ القاضي بإبطال الحكم المطعون فيه فيما قضى به من الحكم على وكيل الدعوى بالقوة التأديبية (٩٦ د - ١ - ١٨٥)

لأن المحكمة تستطيع القضاء بنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه بغير إحالة وبتبر حضور هذا النائب .

٣٦٤ — ساباً — وتنعلم المصلحة في الطعن ، ويقتضى انضمامها الحكم بعدم قبوله ، إذا عدل المحكوم له عن تمسكه بالحكم المطعون فيه وحقق لخصمه غايته من الطعن فيه وأوفى له ما تكبله من مصاريف ^(١) . ذلك بأن المدعى عليه في الطعن أن ينصف خصمه من نفسه فيعترف له بما هو الحق في واقع الأمر ، عادلاً في ذلك عن التمسك بالحكم المطعون فيه وموفقاً للطاعن ما غرمه من المصاريف ^(٢) . وقد قضى بأن دائن التفليس إذا طعن في الحكم الصادر من المحكمة التجارية ببطلان إجراءات التداعي التي سار فيها ضد المفلس بغير تفريق بين ما باشره منها قبل الحكم بالتفليس وتعيين وكيل الدائنين وما باشره منها بعد ذلك ، ثم أقر له وكيل التفليس (السنديك) بأنه هو كان على حق بالنسبة للإجراءات السابقة لحكم التفليس ، وأنه لذلك يعدل عن التمسك عليه بالحكم المطعون فيه بالنسبة لها فقط ، ولن يتمسك عليه به إلا بخصوص تلك الإجراءات اللاحقة ويطلب الحكم من أجل ذلك بعدم قبول الطعن لعدم المصلحة ، حق لمحكمة النقض أن تجيبه إلى ما طلب ^(٣) . وقضى كذلك بعدم قبول الطعن في الحكم الصادر بالزام الطاعن برد مبلغ حصله من خصمه بغير حق وبفوائده ، في صورة لا يلزمه القانون فيها بفوائد ألبتة ، اعتباراً بأن المحكوم له كان قد أعلن الطاعن — قبل رفع الطعن —

(١) و (٢) تعليقات دالوز من قرة ٧٤٣ إلى ٧٥٤ وجارسونيه ص ٦٢٦ وهامش ٩ ون . ف ١٢ مايو سنة ١٨٧٥ (٧٥٥ — ١ — ٣٦١) ون . ف ١٢ مايو سنة ١٨٨٥ (د — ٧٥ — ٣٠١) ون . ف ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ (٩٠٦ د — ١ — ٣٢٤) وفأى قرة ٤٥ ص ٧٤

(٣) ع . ف ٢٦ مايو سنة ١٨٧٣ (ربرتوار دالوز قرة ٣٢٠ ، وقد نشر الحكم بالهامش) ويتبين منه أن الطعن كان عن جزء الحكم الخاص بالإجراءات السابقة على حكم التفليس . وقد فالت محكمة النقض إن محكمة الموضوع قد أخطأت في الواقع في عدم التمييز بين هذه الإجراءات والإجراءات اللاحقة ، وإن المطعون ضده قد أزال هذا اليب بنفسه ولم تكن للطاعن بعد ذلك مصلحة ما من طعنه .

بأنه لا حق له هو في اقتضاء هذه القوائد وأنه لن ينفذ الحكم الصادر له بها عليه^(١). وقضى أيضاً بأن خطأ الحكم في مبدأ احتساب القوائد المحكوم بها لا يجعل للمحكوم عليه بها مصلحة في الطعن ، إذا بادر المحكوم له وأعلن خصمه قبل رفع طعنه بأنه مسلم بوقوع هذا الخطأ وأنه لذلك لن ينفذ الحكم إلا لتحصيل القوائد السارية من مبدئها الصحيح المعتبر عند خصمه ، وأنه لا حاجة إذن لهذا الخصم إلى الطعن في الحكم بوقوع هذا الخطأ ، فإذا طعن كان طعنه غير مقبول^(٢).

٢٦٥ — ولعلنا بذكر هذه القواعد وبضرب تلك الأمثال عليها قد يسرنا السبيل لمن يريد أن يفهم معنى المصلحة تفهماً يفيقه ، وإلا فإن من التعمد حق إقامة ضابط معين مستقر (وعلى تعبير الأصوليين : اعتبار مناسب منضبط) يمكن جعله مناطاً لها . على أن المتفق عليه والذي جرت محكمة النقض الفرنسية على موجهه : أنه في القول بقيام المصلحة وعدم قيامها ، ينبغى الرجوع إلى وقت صدور الحكم المطعون فيه والنظر وقتئذ إلى جميع وقائع الدعوى وظروفها الثابتة بالحكم وتقدير ما إذا كان ما يمكن النعي عليه من خطأ في القانون قد أضر حقاً بالطاعن أم لم يضربه ، بصرف النظر عما طرأ بعد ذلك من الظروف مما عسى أن يمكن معه تبرير الاعتبار القانوني الذي قام الحكم على أساسه^(٣) . وتعليقه ، على ما يظهر ، أن محكمة النقض — كما رأيت عند الكلام على ما يقبل من الأسباب وما لا يقبل — إنما تنظر في الطعن بالحالة التي كان عليها عند صدور

(١) ن . ف ١٩ مارس سنة ١٨٣٩ (دبرتوار دالوز فقرة ٣٠٨ / ١١)

(٢) ن . ف ٣ يونيو سنة ١٨٦٧ (د ٦٧ — ١ — ٢٠٥) وتعليقات دالوز

رقم ٧٥١

(٣) ملحق دالوز فقرة ٧٧ وقاى فقرة ٤٥ ص ٧٣ وجارسونيه ص ٦٢٤ وهامش ٤

وتيسيه ص ٤٥٦ وهامش ٤ ون . ف ٢٢ يوليو سنة ١٨٤٥ (س ٤٥ — ١ — ٨١٩)

و (٤٦٥ — ١ — ٢٣) ون . ف ٢٠ يناير سنة ١٨٨٥ (د ٨٥ — ١ — ٣٦١)

و ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٣ — ١ — ٤٠٦) ون . ف ٢١ فبراير سنة ١٩٠٥

(س ٩٠٥ — ١ — ٢٣٧) وتعليقات دالوز فقرة ٧٨٤ إلى ٨٠٦

الحكم المطعون فيه ، بحيث لا يكون للظروف الطارئة أى أثر فى الطعن ولا فى مركز طرفي الخصوم ، وأن المدعى عليه فى الطعن ليس له أن يستند فى الدفاع عن الحكم المطعون فيه إلى غير ما قام عليه الحكم من أسباب ، بل ليس له أن يستند إلى الأسباب القانونية الصرف إلا إذا كانت قائمة فى الخصومة أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

ومن الشواهد على هذه القاعدة أنه طعن فى حكم صدر بتنفيذ اتفاق عقدهته إحدى البلديات مع أحد الأهالى خاصا بالانتفاع بالمياه الفائضة عن حاجتها ، رغم عدم التصديق عليه من الجهة الادارية المختصة . ولم يكن بعد قدفات اليمعاد المحدد لهذا التصديق ، فلما صدق على هذا الاتفاق بعد رفع الطعن ، دفع بزوال مصلحة الطاعن قضى برفض الدفع وقضى بالحكم^(١) . وطعن فى حكم آخر اعتبر العقار المتنازع فيه غير داخل فى عداد الأملاك المخصصة للمنافع العامة ، فلما صدر القرار الادارى باعتماد خروجه منها بعد رفع الطعن دفع بعدم قبول الطعن لزوال المصلحة ، ولكن محكمة النقض رفضت الدفع وقضت بالحكم^(٢) . وكذلك قضى بأن الحكم الصادر فى دعوى المطالبة بممر لمقار محبوس عن الطريق العام ، يبقى حق الطاعن فيه على أصله ، ولو زالت حالة الحبس هذه واتصل العقار المحبوس بالطريق العام بعد رفع الطعن^(٣) . ومثال آخر لذلك : بيع عقار كان يملكه رجل وولده وقبض كل منهما حصته فى الثمن فادعت زوجة الرجل فى دعوى رفضها على ابنه أن العقار كله كان ملكا لزوجها ، وأنها إذ تدينه بمهرها الذى قدمته له حين زواجها منه فالها الحق فى استرداد ما قبضه ابنه من ثمن ذلك العقار خصما من مهرها هذا ، فقضت محكمة الدرجة الأولى لها بهذه الطلبات ذاكرة فى حكمها أن الصفة التى اتصفت بها المدعية

(١) ن . ف ١٥ مايو سنة ١٨٨٢ (٨٣ د - ١ - ١٦٤) و (س ٨٤ - ١ - ١٦١)

(٢) ن . ف ٢٠ يناير سنة ١٨٨٥ (٨٥ د - ١ - ٣٦١)

(٣) ذكرنا هنا المثال فى ص ٧٣

في الدعوى لا نزاع فيها . فلما استوفى الحكم طلب المحكوم عليه من محكمة الاستئناف التقرير بأن لا صفة لزوجة والده في رفع مثل هذه الدعوى مادام والده حيا والزوجة قائمة ، فلما أيدت محكمة الاستئناف الحكم المستأنف أخذاً بأسبابه طعن المحكوم عليه فيه فدفت الزوجة بعدم قبول الطعن لعدم المصلحة ، لأن زوجها قد توفي بعد صدور الحكم ورفع الطعن فأصبح حقها في رفع الدعوى حرا وحقها في استرداد ما لها من مهر في الروكية حرا كذلك ، ولكن محكمة النقض حكمت بقبول الطعن وقضت بنقض الحكم المطعون فيه لحاقته للقانون ، معتمدة في ذلك على أن مصلحة الطاعن كانت متحققة يوم صدور الحكم المطعون فيه ، وبحسب الطاعن أن تكون له مصلحة يومئذ^(١) .

كون الطاعن ذا أهلية أو سلطة

٢٦٦ — ويشترط في الطاعن إذا كان هو نفسه صاحب الحق أن تكون له أهلية التقاضي حين الطعن ، كما لو كان يرفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى أو الاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية . أما إذا كان نائباً عن صاحب الحق فيجب أن يكون تقديم الطعن داخلاً في حدود السلطة المخولة له شرعاً أو قانوناً أو اتفاقاً .

والشريعة الإسلامية ، وقوانين الطوائف المختلفة وقوانين الأحوال الشخصية ، والقوانين النظامية والإدارية والمدنية والتجارية ، وعقود الشركات هي التي تحدد أهلية الأشخاص الحقيقية والمعنوية ، وساطة الأولياء والأوصياء والقائمة والنائبين عن الحكومة والوزارات والمصالح ومجالس اللديات والبلديات والمؤسسات الخيرية والشركات المدنية والتجارية والجماعات ، كل فيما هو بسبيله .

(١) ن . ف ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٥ - ١ - ٣٢٥) و (٩٠٢ د)

وعقد الوكالة وقواعد القانون المدني والتجاري هي التي تحدد سلطة الوكيل .
والذي يهمننا ذكره هو لفت من يعمل باسم غيره نائباً عنه أن يذكر بجانب
اسمه وصنعتة ومحل إقامته اسم من ناب عنه وصنعتة وصفته ومحل إقامته كذلك ،
حتى تعود حقوق الخصومة وواجباتها إلى الأصل نفسه .

الفصل الثاني

فيمن يختصم في الطعن

٣٦٧ — ويشترطون في المدعى عليه لصحة دعوى الطعن مثل الذي
اشتراطوه في جانب المدعى . ذلك بأن قيام المدعى برفع الطعن ، كما اقتضى في
النظر التقبي أن يكون طرقاتاً في الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم
المطعون فيه وأن يكون رفع طعنه وهو أهل للتقاضى متصفاً بالصفة القانونية التي
كانت له أمام تلك المحكمة وأن تكون له نوع مصلحة في الطعن حين صدور
الحكم المطعون فيه ، كذلك كان قيام المدعى عليه بالنود عن الحكم المطعون
فيه يقتضى في النظر ألا يختصم في الطعن إلا من كان خصماً للطاعن وكانت
له مصلحة في الدفاع عن الحكم .

فالمدعى عليه الواجب اختصاصه تصحيحاً لدعوى الطعن هو إذن من كان
خصماً للطاعن في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه بصفته التي كان
متصفاً بها ، وكانت له مصلحة في الدفاع عنه حين صدوره ، على ما سبق تفصيله
في الفصل السابق الخاص برفع الطعن ^(١) .

(١) جارسونية ققرة ٣٥٥ وهوامشها وثق ققرة ٤٦ وكاريتيه من ققرة ١٣٤٨

لغاية ١٣٩٤ وتعليقات دالوز من ققرة ٨٠٧ إلى ٨٦٤

وليس معنى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية من أن الشارع « فضل تحويل رافع النقض الحرية في تعيين الخصوم الذين يريد إدخالهم في الدعوى دون إلزامه بإعلان الطعن إلى جميع الخصوم الذين كانوا في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه » — ليس معنى هذا القول أن الأمر في اختيار الخصوم متعلق بمشئنة الطاعن يختص من يشاء ولو لم يصح اختصاصه ، ويبعد من يشاء ولو وجب اختصاصه أو كانت الخصومة لا تنمقد إلا معه ، لأن الطعن ككل دعوى يجب توجيهه إلى من يجب عليه الجواب ويحتمل أن يلزمه القاضي بشئ مما يطلب منه — ولكن معناه أن الطاعن يجب عليه بادی ذی بدء أن يوجه دعواه إلى من لا تصح الدعوى إلا باختصاصه ، ثم له أن يقصرها على من يهيمه فسخ الحكم عن نفسه في خاصة حقه .

كون المدعى عليه خصماً في الخصومة الأولى

٣٦٨ — ينبني توجيه الطعن إلى من كان خصماً للطاعن في الخصومة الأولى ، سواء حضرها بنفسه أو حضرها عنه غيره بولاية أو وصاية أو قوامة أو نيابة شرعية أو قانونية أو وكالة اتفاقية . فإن توفى المحكوم له وجب توجيه الطعن إلى ورثته ، وإذا قد أهليته اختصم من يقوم عنه ، وإذا كان قاصراً ثم بلغ الرشد اختصم هو دون من كان يمثله ، وإذا أفلس وجّه الطعن إلى وكيل الدائنين^(١) ، إلا أن يكون المفلس قد أفاد من الحكم فائدة خاصة فيصح اختصاصه مع وكيل الدائنين . فإن تعلق الحكم المطعون فيه بحق للمفلس أفادها باستثاله

(١) ويكون الطعن صحيحاً إذا وجه إلى وكيل الدائنين بعد انتهاء إجراءات التفضيلة بالصلح ونس في عقد الصلح على إلزام وكيل الدائنين بالاستمرار على تمثيلهم في الدعوى التي رفع عنها الطعن (ن . ف ٦ مايو سنة ١٨٤٥ س ٤٥ — ١ — ٥٠٣) وكاريتيهه فقرة ١٣٥٩ لكن الطعن المرفوع على وكيل الدائنين ينبني متاعبة السير فيه على المفلس منه إذا انتهت إجراءات التفضيلة بالصلح بعد تحرير الطعن ، وعاد المفلس لإدارة أمواله وبممارسة حقوقه (ن . ف ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٩ س ٧٩ — ١ — ١٥٣) كاريتيهه فقرة ١٣٧٨

بتجارة أخرى بعد تقليسه وجب توجيه الطعن إليه فقط دون وكيل الدائنين^(١). ومن حكم برفض دفع له بصدقه قبول دعوى خصمه لعدم الصفة، يبين له أن يختصم من صدر له الحكم برفض الدفع ولو كان غيره قد جدد الدعوى باعتبار أنه هو صاحب الصفة^(٢).

ويجب توجيه الطعن إلى من صدر له الحكم ولو تنازل عن حقه فيه بعد صدوره إلى غيره، وأعلن هذا التنازل للطاعن أو قبله الطاعن قبل تقديم الطعن. ولا ريب في أن لمن وجه إليه الطعن أن يدخل من وقع له التنازل في الوقت المناسب، لتعلق مصلحة كل منهما ببقاء الحكم ورفض الطعن^(٣). وقد قضى مع ذلك بأن من حصل له التنازل عن الحكم تكون له الصفة القانونية في الدفاع عنه إذا وقع التنازل أثناء نظر القضية أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وأعلن التنازل للخصم قبل صدور هذا الحكم^(٤).

وإذا رفع الطعن على من لم يكن خصماً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه فالطعن غير مقبول^(٥). ويكون الطعن غير مقبول كذلك إذا اقتصر الطاعن على اختصاص من كان معه في طرف من الخصومة، ولم يكن لأيهما على صاحبه طلبات^(٦). وكذلك لا يقبل الطعن الموجه إلى من حكم بإخراجه من الدعوى، متى لم يكن للطاعن في تقرير طعنه أسباب يكون قد بنى

(١) ن. ف ٢١ فبراير سنة ١٨٥٩ (س ٥٩ - ١ - ٥٥٥) وكاربتنيه

ققرة ١٣٨٦

(٢) ن. ف ١٣ أبريل سنة ١٨٨٥ (د ٥٨ - ١ - ١٥٢)

(٣) كاربتنيه ققرة ١٣٥٢ ون. ف ١٣ ديسمبر سنة ١٨٥٣ (س ٥٤ - ١ - ٢٧٥)

(٤) كاربتنيه ققرة ١٣٥٧ ون. ف ٢٨ يناير سنة ١٨٣٥ (س ٨٣ - ١ - ٦٥٤)

(٥) فإن كان الحكم قد قضى لخصم بشيء لم يطلبه فعلى القضى عليه رفع طاعنه بطريق

الالتماس (ع. ف ١١ يولي سنة ١٩٠٤ د ٩٠ - ١ - ٢٨٩) وتعليقات دالوز

ققرة ٨٢٥

(٦) ن. ف ١٨ مارس سنة ١٨٩١ (د ٩١ - ١ - ٤٠١)

عليها طلب تقض الحكم القاضي بهذا الإخراج^(١) . وإن رفع الطعن على خصم وعلى غير خصم كان لهذا الأخير أن يطلب إخرجه وإلزام الطاعن له بالمصاريف إذا اقتضى الحال^(٢) .

أما من كان قد اختصم ولم يكن خصما حقيقيا في الدعوى فيصح الطعن ولو لم يوجه إليه . وقد قضى بأن الحاجز إذا طعن في الحكم الصادر على المحجوز عليه في مواجهة المحجوز لديه ، واقتصر على اختصاص مدينه المحجوز عليه ، فإن طعنه يكون مقبولا ولو لم يختصم المحجوز لديه ، مادام هو لم يختصم في الخصومة الأولى إلا ابتداء أن يصدر له الحكم بمدينه في مواجهته ، ومادام الحكم المطعون فيه لم يتعرض إلا لما قام بين الحاجز والمحجوز عليه من نزاع على الدين المحجوز عليه^(٣) .

كونه ذا مصلحة في الدفاع عن الحكم

٢٦٩ — ويكفي لصحة الطعن باختصاص من شهد الخصومة الأولى أن يكون له نوع مصلحة تسوغ له الدفاع عن الحكم ، حتى ولو لم يكن قد قضى له بشيء ما على الطاعن^(٤) ، وأيا كانت تلك المصلحة ومهما ضؤل شأنها . فمن

(١) ن . ف ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٢٨٩)

(٢) ن . ف ٢٧ أكتوبر سنة ١٨٩٧ (د ٩٨ — ١ — ٤٦ وتعليقات دالوز

فقرة ٨٣٢)

(٣) ملحق دالوز فقرة ٨٧ ون . ف ١٦ يولييه ١٨٧٢ (د ٧٢ — ١ — ٣٦١)

أما جواز اختصاص من اختصم ليصدر الحكم بمواجهته مع من يجب اختصاصه من الخصوم الحقيقيين فلا شبهة فيه ، فقد قضى بأنه يجوز للطاعن أن يختصم في طعنه من كان قد اختصم في الخصومة الأولى وطلب فيها الحكم في مواجهته بإلزام خصم آخر بشيء ، ولو كان هذا القى اختصم قد فوض الأمر للمحكمة ولم يطلب إخرجه من الدعوى ولم تحكم محكمة الاستئناف بإخراجه (ن . ف ٢٠ يناير ١٨٩٧ د ٩٧ — ١ — ١٢٨ وأشير إليه في تعليقات دالوز فقرة ٨٣٠) ، وقضى بأنه إذا حكم على إنسان لآخر في مواجهة ثالث كان للمحكوم عليه أن يوجه طعنه للمحكوم له ولئن صدر الحكم في مواجهته ، ولو لم يحكم عليه هو بشيء (ن . ف ١٧ نوفمبر ١٨٤٠ س ٤٠ — ١ — ٩٣٥)

(٤) كلارينيه فقرة ١٣٦٤ ون . ف ٥ فبراير ١٨٦٨ (س ٦٨ — ١ — ١٧٣)

حكم له فقط بجزء من المصاريف يكون خصماً للمحكوم عليه بها^(١) .
 على أن محكمة النقض ينبغي لها أن تنقض باخراج من اختصاص في الطعن ،
 ولو كان قد حكم له بشئ ، متى كانت أسباب الطعن لا تنصب على الذي حكم له
 به . فاذا تدخلت شركة تأمين تعاوفاً في دعوى تمويض رفعها من أصابه الضرر
 من شركائها على السئول له عن الحادث الضار ، وطلبت الحكم لنفسها بهذا
 التمويض ، وحكمت المحكمة بقبول تدخلها وفي موضوع الدعوى بطلب خبير ،
 فإنه لا يكون لهذا المدعى عليه ، إذا طعن في هذا الحكم وارتكن في طعنه على
 أسباب لا تعلق لها بغير شركة التأمين ، أن يختصم المدعى الأصلي في طعنه لأنه
 لا يصلح خصماً له فيه^(٢) .

الفصل الثالث

فيم يرفع الطعن ومن يوجه إليه عند تمدد الخصوم

٢٧٠ - إذا تمدد المحكوم عليهم وجب على من يرفع الطعن منهم أن
 يوجه إلى من حكم لمصلحته . ولا يجوز له أن يوجهه إلى غيره ممن كان في صفه
 من الخصومة وحكم عليه مثله بطلبات من كسب الدعوى ، إلا أن يكون هذا
 الغير قد وجه قبله هو بطلبات فأصبح خصماً له فإنه يتعين عليه اختصامه عندئذ
 أو يجوز له هذا الاختصام على حسب الأحوال ، كما إذا تنازع اثنان عقاراً بينهما
 وتدخل ثالث حكم له بالمقار دونهما فإنه يجوز لكل منهما أن يوجه طعنه إلى

(١) المرجع المتقدم . وظاهر أنه إذا لم يرفع الطعن إلا على واحد لم تتوافر فيه الشروط
 القانونية المقدمة الذكر لصلاحيه اختصامه في الطعن ، اتفقت مصلحة الطاعن في اختصامه وتعين
 المحكم بعدم قبول الطعن (كارتنيه فقرة ١٣٦٦)

(٢) ن . ف ٨ ديسمبر سنة ١٨٦٢ (١٨٦٢ - ١ - ٣٤)

الآخر ، ولو أنه قد حكم عليهما معاً لمصلحة المتدخل ، لأن كلا منهما كان يطلب الملك لنفسه على الآخر .

وإذا كان لكل فرد من أفراد أى طرف في الخصومة مصلحة متميزة في علاقته مع كل فرد من أفراد الطرف الآخر ، فليس من الضروري — إذا تعدد المحكوم لهم — توجيه الطعن إلى كل منهم ، بل للمحكوم عليه الحق في الاختصار على توجيهه إلى بعض الخصوم دون بعض ، مراعيًا في ذلك مصلحته (وقد يكون اختصاص بعضهم ممكنًا واختصاص بعض آخر متعذرًا لسبب ما كان يكون قد أعلن له الحكم فاقطع عليه مياد الطعن بالنسبة له) . وهذا ما لم يكن موضوع الحق غير قابل للتجزئة أو كان القانون قد أوجب اختصاص أشخاص مخصوصين كما هي الحال في دعوى استحقاق العقار المرفوعة أثناء إجراءات نزع الملكية (المادة ٥٩٥ من قانون المرافعات) وفي دعوى استرداد النقولات المحجوز عليها (المادة ٤٧٨ مرافعات) أو كان الارتباط القائم في القضية المؤلفة من دعويين يقتضى توجيه الطعن إلى غير خصوم الطاعن الأصليين ، فإنه يجب على الطاعن في هذه الصور مراعاة مقتضى الحال من اختصاص من يجب اختصاصه .

تطبيق ذلك على الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية

٢٧١ — (١) إذا حكم برفض الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية^(١) ،

(١) الغالب أن المدعى عليه في الدعوى الأصلية هو الذى يقيم دعوى الضمان الفرعية ، ويكون مدعيًا فيها . على أنه قد يحدث أن المدعى هو الذى يدخل الضامن إذا ألجأه إلى ذلك دفاع المدعى عليه ، فإذا طالب المحال الدين بالدين فدفع الدين باقتضاء الدين مثلاً كان الحال أن يدخل المحيل ضامناً له . وكثيراً ما يختصم للمدعى المتنازع له في الحق ومن يضمن له عدم النزاع فيه ، فيوجه إلى أولها طلباته الأصلية وإلى الثاني طلباته الاحتياطية المترعة عن الضمان ، وفي هذه الصورة يكون كل منهما خصماً للمدعى ، فيكون على المدعى إذا حكم برفض طلباته الأصلية والاحتياطية وطعن في الحكم أن يختصمهما كليهما . أما إذا حكم له بطلان الأصلية على المدعى عليه أو بالطلبات الاحتياطية على الضامن وطعن المحكوم عليه في الحكم ، جاز له أن يختصم المدعى عليه الآخر بجانب المدعى الأصلي ، فإذا قضى للمشتري مثلاً بضمن المبيع على بائعه ، جاز لهذا البائع أن يوجه طعنه إلى المدعى عليه المتنازع في الملك ليفسخ عن نفسه الحكم الصادر عليه بدفع الثمن ، وليقتضى المشتري بما طلب من تبيت الملك له .

وجب على مدعى الدعوى الأصلية — إذا طعن في الحكم — أن يختصم خصمه الأصيل وهو المدعى عليه^(١)، ويجب عليه أن يختصم الضامن أيضاً (وهو المدعى عليه في دعوى الضمان) إذا كان قد انضم إلى مدعى الضمان (المدعى عليه في الدعوى الأصلية) في طلب رفض الدعوى الأصلية أو كان لهذا الضامن طلبات قبل المدعى وحكم له بها، ولو انحصرت هذه الطلبات في طلب إلزامه بمصاريف دعوى الضمان^(٢)، إذ يصبح الضامن بذلك خصماً للمدعى مباشرة ويجب إذن تمكينه من الدفاع عن الحكم الصادر لمصلحته^(٣). فان لم تكن للمدعى مصلحة في اختصاص ضامن المدعى عليه، كأن لم يكن لأحدهما قبل الآخر طلب ما حين كانت القضية أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، صح الحكم باخراج

(١) وقد قضى بعدم قبول الطعن إذا اقتصر المدعى على توجيه طعنه إلى الضامن، ولو كان هذا الضامن قد أخذ على نفسه عبء الدفاع في الدعوى، إذا كان المضمون لم يطلب خروجه منها (ن. ف. ١٧ نوفمبر سنة ١٨٣٥ س ٨٣٥ — ١ — ٢٥١ ون. ف. ١٥ مارس سنة ١٨٤٢ س ٨٤٢ — ١ — ٥٢١) وكانت الدعوى الأصلية في الحادثة التي صدر فيها هذا الحكم الثاني دعوى عينية، ولم يكن مدعى الضامن مطالباً فيها بتنفيذ التزام شخصي، بل كانت الدعوى دعوى استحقاق عقار رفعت على حائره، فالخصم الحائز بائمه، وهذا البائع الخصم بائمه هو، وهذا الأخير الخصم بائمه كذلك، فخصر البائع للحائز وقرر أنه يأخذ على عهده عبء الدفاع في دعوى الاستحقاق المرفوعة على مضمونه، ولم يطلب هذا المضمون الخروج من الدعوى، وكان الحكم المطعون فيه صادراً برفض الدعوى لبيب شكلي، فبالنظر لاقصا الطاعن على اختصاص هذا الضامن فقط حكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن.

(٢) أو كانت الدعوى عينية وأخذ الضامن على نفسه عبء الدفاع فيها وطلب المدعى عليه إخراجها من الدعوى والحكم فيها مباشرة بين المدعى والضامن، عملاً بالمادة ١٤٨ مرافعات (ع. ف. سنة ١٩٠٣ س ٩٠٤ — ١ — ٣٤٠). وقد قضى بأنه لا يجوز للضامن أن يدفع بعدم جواز اختصاصه في الطعن المرفوع من المدعى في الدعوى الأصلية زاعماً أنه هو لم يختصم الطاعن في الاستئناف الذي رفعه عن الحكم الصادر في دعوى الضمان، متى كانت محكمة الاستئناف على الرغم من ذلك قد قضت بإلغاء الحكم المستأنف برمته وألزمت المدعى في الدعوى الأصلية بجميع مصاريف الدعوى (ن. ف. ١١ فبراير ١٨٧٣ د ٧٣ — ١ — ٣٨١).

(٣) وقضى بأنه لا يجوز لضامن المدعى عليه أن يطلب إخراجها من الطعن الذي رفعه المدعى في الدعوى الأصلية على خصمه المدعى عليه فيها، إذا كان هذا الضامن قد دفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الأصلية وقبل دحضه (ن. ف. ١٨ يونيو ١٨٨٨ د ٨٨ — ١ — ٤٥٤).

الضامن من الدعوى وإلزام الطاعن له بالمصاريف^(١).

٢٧٢ — (ب) فإذا حكم للمدعى بطلباته في الدعوى الأصلية على المدعى عليه وحكم برفض الدعوى الفرعية ، فللمدعى عليه الذي خسر الدعوى أن يوجه طعنه لتخصيمه في الدعوى بين (المدعى والضامن) أو لأيهما . فإن وجهه للضامن كان لهذا الضامن أن يرفع طعناً خاصاً على المدعى الأصلي ليدفع عن مضمونه الحكم في الدعوى الأصلية ، بشرط أن يكون هو قد طالب برفض الدعوى الأصلية .

٢٧٣ — (ج) وإذا حكم للمدعى بطلباته على المدعى عليه وحكم لهذا المدعى عليه بطلباته على ضامنه ، فعلى كل من المحكوم عليهما توجيه طعنه إلى خصمه . وظاهر أنه قد يكون للمدعى عليه — برغم أنه قد حكم له على ضامنه — مصلحة في رفع الطعن على المدعى لاستبقاء الحق العيني المحكوم باستحقاقه لخاصة نفسه^(٢).

ويبقى للمدعى الضامن le garant حق الطعن في مواجهة المدعى الأصلي ، ولو كان ترك ضامنه يقوم وحده بالدفاع في الدعوى الأصلية وطالب هو الخروج منها وحكمت المحكمة باخراجه ، تطبيقاً للمادة ١٤٨ مرافعات . وذلك على اعتبار أن الضامن إنما كان في واقع الأمر نائباً عنه في الدفاع الموجه للمدعى في الدعوى الأصلية .

(١) ن . ف ٢ يولي ١٨٧٧ (٧٨ د — ١ — ٥٧) . وقد قضى بأنه لا يصح للمدعى أن يتخصم الضامن إذا كان الحكم الصادر برفض دعوى الضامن قد حل على أسباب خاصة غير التي قام عليها الحكم الصادر برفض الدعوى الأصلية ، وكان وجه الطعن متعلقاً بهذه الدعوى الأصلية وغير ممكن انسحابه على الحكم الصادر في دعوى الضامن (ن . ف ٥ فبراير سنة ١٨٧٩ د ٧٩ — ١ — ٥٢)

(٢) وإذا طعن مآثم قبل المضمون الحكم ، أو تنازل عن طعنه ، فانه يكون للضامن أن يحض في طعنه مستسكاً فيه بما قدمه هو وبما قدمه مضمونه من أسباب تأييداً لطنهما (ن . ف ١٢ يولي سنة ١٨٥٣ د ٥٣ — ١ — ٣٣٤) إنما لا يكون له أن يطلب نقض الحكم في مصلحة مضمونه ، لقبوله الحكم المطعون فيه (ع . ف ٢٠ يولي سنة ١٨٥٣ د ٥٣ — ١ — ٢٢٥) وانظر جارسوني ص ٦٢٢ هامش ١٣

بل يجوز للضامن أن يوجه طعنه للدعى فى الدعوى الأصلية ، إن كان أخذ على نفسه عبء الدفاع فيها وأخرجت المحكمة مضمونه منها ، لأنه يصبح بذلك خصماً للدعى الأصلى مباشرة . أما إذا بقى مدعى الضمان فى الخصومة وحكم عليه للدعى فى الدعوى الأصلية وحكم له هو على ضامنه ، فالرأى الراجح أنه يجوز للضامن توجيه الطعن إلى للدعى فى الدعوى الأصلية ، ولو قبل مدعى الضمان بالحكم الصادر فيها ^(١) ، وذلك على اعتبار أن الضامن كان خصماً منضمّاً لمضمونه فى الدعوى الأصلية ^(٢) .

(١) وقضت محكمة التقضى المصرية بأن للضامن كما للمضمون الحق فى الطعن بالتقضى فى الحكم القاضى باستحقاق القمار للمبيع الغير الصادر فى الدعوى الأصلية . وهذا الحق يعتبر بالنسبة لكل منهما حقاً شخصياً قائماً على مصلحة خاصة به ، بحيث لو طعن الضامن بالتقضى فى هذا الحكم وقضى برفضه ، فذلك لا يمنع المضمون من تقديم طعن جديد باسمه شخصياً ؛ ولا يشترط لوجود هذا الحق للضامن سوى اتصال الدعوى الأصلية بدعوى الضمان اتصالاً وثيقاً لا انفكاك له وكون الضامن قد دافع فى الدعوىين معاً (ن . م . م . ١٧ أبريل ١٩٣٢ المحاماة س ١٢ رقم ٤٨٥ ومج س ٣٣ رقم ١٨٧ ص ٣٦٦) . على أن محكمة التقضى الفرنسية تحضى باخراج المدعى فى الدعوى الأصلية ، سواء أ كان الضامن هو الذى وجه له الطعن أو كان قد أدخله مدعى الضمان نفسه حين صار مدعى عليه فى الطعن المرفوع من الضامن ، وذلك متى تبين لها أن الضامن لم يوجه له طلباً ما فلا مصلحة فى تجاهه فى الدعوى (ن . ف ٢ يولي ١٨٧٧ د ٧٨ - ١ - ٥٧ وتعليقات دالوز فقرة ٨٥٩)

(٢) وقد قضى بأن للضامن التقضى عليه بالضمان للدعى عليه فى الدعوى الأصلية أن يوجه طعنه إلى خصمه هذا وإلى المدعى فى الدعوى الأصلية ، إذا كان هو قد طلب — على الأقل — الحكم برفض دعواه (ن . ف ١٩ أغسطس سنة ١٨٦٨ س ٦٨ - ١ - ٣٨٣) وكذلك قضى بأن لهذا الضامن توجيه الطعن للدعى الأصلى ، ولو لم يكن قد قضى له عليه هو بىء ، متى كان الحكم فى الدعوى الأصلية قد صدر فى مواجهته (ن . ف ١٧ نوفمبر ١٨٤٠ س ٤٠ - ١ - ٩٣٥) وصورة القضية أن رجلاً بصفته وكيلاً عن شركة باع لآخر مقداراً من الفحم وتعهد جوريمه له على دفعات . ولما زعمت الشركة أن لاصفة لهذا البائع فى عقد هذه الصفقة عنها ، رفع المشتري دعواه عليهما ، وطلب الحكم بتنفيذ القدر أو إلزام البائع بالتضمينات . فحكمت الدرجة الأولى أخرجت الشركة من الدعوى وقضت على البائع بالتضمينات متسدة فى ذلك على أنه قد خرج عن حدود الوكالة ، فاستأنف المحكوم عليه واختصم المحكوم له فى استئنافه ثم أعلن الشركة بإعلان مستقل لتسعى الحكم بما عسى أن يحكم به عليه ، واستأنف المحكوم له طلباً بتعديل التعويض المحكوم به . وإذ لم تحضر الشركة أمام محكمة الاستئناف قضت هذه المحكمة بتعديل الحكم وألزمت المحكوم عليه بالتضمينات فى مواجهة الشركة ، وحفظت له ==

الفصل الرابع

فيمن يجوز إدخاله أو تدخله في الطعن

٢٧٤ — قد عرفت من يجوز منه الطعن ومن يجب توجيه الطعن إليه ،
فلنبين الآن من يجوز له التدخل ومن يجوز إدخاله ، وفي ذلك نقول :

٢٧٥ — في القانون الفرنسي : إن تدخل الانضمام إلى جانب رافع الطعن
جائز إذا توافر في التدخل شرطان ، زيادة على ما يشترط توافره في كل طاعن من
كونه ذا صفة وذا مصلحة وأهلاً للتقاضى : أولهما ألا يكون حقه في الطعن قد
سقط باقتضاء الميعاد الواجب رفعه فيه ، وذلك سداً للريعة التحيل على القانون
بمحاولة التدخل في الطعن ممن سقط حقه فيه . وثانيهما أن تكون مصلحته هي مصلحة

== الحق في الرجوع عليها بما قضى عليه به . طلعت المحكمة فدفع المحكوم له بأن لا حق لها
في اختصاصه لأنه لم يوجه قبلها طلبات ما ولم يحكم له عليها بشيء ، ولأن المحكوم عليه هو الذي
أدخلها ضامناً في الاستئناف الذي رفعه ، فرضت محكمة النقض هذا الدفع وقالت : إن للمحكمة
مصلحة في توجيه طعنها إلى المحكوم له حتى إذا خض المحكم في حق من وجه لها دعوى الضمان
انتقض في حق المحكوم له ، ويكتفي في صحة هذا التوجيه أن يكون الحكم الصادر للمحكوم له
على المحكوم عليه قد صدر في مواجهة المحكمة .

وقضى أيضاً بأن من دعى ضامناً للدعى عليه فلم ينافع في الدعوى الأصلية ، لا يجوز له —
إذا لم تنقد بينه وبين الدعى أية خصومة — أن يوجه طعنه في الحكم الصادر عليه في دعوى
الضمان الفرعية إلى الدعى (ن . ف ١٤ يونيو سنة ١٨٩٣ س ٩٦ — ١ — ٩٢ و د ٩٤ — ١ — ٤٦ وأشير إليه في جارسونيّة ققرة ٣٥٥ هامش ١ وفي تعليقات دالوز
قرة ٨٦٠) . وقضى بأنه إذا تابعت دعاوى الضمان في قضية ، وحكم لكل مضمون على ضامنه ،
فطلى الضامن الأخير الذي اعتبر مشغولاً في الدعوى — إذا طعن في الحكم الصادر عليه — ألا يختصم
من حكم له عليه فقط ، بل يكون عليه أن يختصم كذلك مضمونه وجميع الضمان للمختلفين
المحكوم على كل منهم لمضمونه . بل له أن يدفع في الطعن بجميع ما يصح الدفع به لاستقاط هذه
الأحكام القائمة بعضها على بعض ، وبخاصة ما يقتضى الحكم برفض طلبات الدعى في الدعوى
الأصلية (ن . ف ١٩ أغسطس سنة ١٨٦٨ س ٦٨ — ١ — ٣٨٣ و ن . ف ١٣ يناير
سنة ١٨٦٩ د ٦٩ — ١ — ١٣٥)

رافع النقض بينها ، وتمتع المصلحتان في حالتى عدم التجزئة والتضامن ، وذلك حتى لا يفوت على الخزانة ما يجب على كل طاعن إيداعه من الكفالة عند تقديم الطعن . هذا هو الأصل الذى تقضى به قواعدم وقد تبين لنا أن محكمة النقض بعد أن كانت تشترط فيمن يتدخل أن يكون طرفا في الحكم المطعون فيه ، كما رأيت ، قد أخذت تقضى بقبول من ترى هى قبول تدخله متى كانت له ظروف استثنائية تبرر عندها هذا التدخل لأول مرة^(١) ، على ألا يسمح للتدخل إلى جانب الطاعن إلا بتقديم ماعساه يكون لديه من الملاحظات والتوجيهات القانونية تأييدا للطعن ، وإلا باتخاذ الاجراءات التحفظية التى يحفظ بها مركزه في الخصومة أمام محكمة الإحالة عند الاقتضاء .

وتدخل الانضمام إلى جانب المدعى عليه في الطعن جائز كذلك لمن كان يجوز لهم التدخل أمام محكمة الاستئناف التى أصدرت الحكم المطعون فيه أو رفع معارضة الشخص الثالث (La tierce - opposition)^(٢) .

أما إدخال أحد الخصوم ضامناً ، لم يكن قد أدخله قبل صدور الحكم المطعون فيه ، فغير جائز لما في ذلك من إقحام خصومة موضوعية جديدة في الطعن لا تدخل في وظائف محكمة النقض^(٣) . وأما إدخال من سبق إدخاله فجائز لما فيه من تحقيق المصلحة التى قام عليها التدخل في الخصومة الأولى . فواضع اليد على المقار المحكوم له برفض دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه ، له أن يدخل في الطعن المرفوع عليه ضامنه هو المحكوم له برفض دعوى الضمان القرعية ، وذلك ليحفظ حقه في

(١) راجع في منعيها الأولن . ف ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٣ (٥٤ د - ١ - ١٧٧) و ٢ مارس سنة ١٨٧٤ (س ١ - ٧٤ - ٣١١) وفي منعيها الثانى ٢٥ يونيو سنة ١٨٨٤ (س ٨٥ - ١ - ٢٠١) و ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٤ - ١ - ١٣٣) و ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ (س ٩٧ - ٢ - ١٩٨)

(٢) جارسونيه ٦ س ٧٥٤ هامش ٤ مع فقرة ١٨٠ و ١٨٥

(٣) و جارسونيه فقرة ٤٤٠ وهوامشها س ٧٥٥

الرجوع على هذا الضامن أمام محكمة الإحالة إذا قض الحكم المطعون فيه ^(١) .

٢٧٦ — في القانون المصري : تلك هي أحكام إدخال الخصوم وتدخلهم أمام محكمة النقض في ققه القانون الفرنسي . أما الشارع المصري — فبعد أن بين في مذكرته الإيضاحية أنه فضل تحويل رافع النقض « الحرية في تعيين الخصوم الذين يريد إدخالهم لأنه النهج الأكثر مطابقة لمبادئ قانون المرافعات المصري — لاحظ أن السير على هذا المذهب قد يمكن أن يكون فيه شيء من المضار بسبب ما يقع من التصف أو سوء القصد من جانب بعض رافعي النقض ، فإنهم بسبب عدم إعلانهم الطعن إلى بعض الخصوم الذين كانوا في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه قد يضرون بمصالح هؤلاء الخصوم » . فتلافياً لهذا الضرر نص في المادة ٢٠ على أنه يجوز للدعى عليه أن يدخل في الدعوى الخصوم المذكورين ؛ وأباح بنص المادة ٢١ لكل من كان خصماً في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، ولم يعلنه رافع النقض بالطعن ، أن يتدخل في الدعوى ليطالب الحكم برفض الطعن .

ولهذا فإن أحكام إدخال الخصوم وتدخلهم أمام محكمة النقض في مصر تتحصل فيما يأتي :

أولاً — لا يجوز لرافع الطعن ، بعد أن يقرر الطعن بقلم الكتاب ويذكر في تقريره أسماء خصومه الذين يزعم اختصاصهم فيه طبقاً للمادتين ١٥ و ١٧ من القانون ، أن يدخل غيرهم . فإن تحققت له مع ذلك مصلحة في إدخال غير من اختصاصهم فليس له — إذا كان اليماد لا يزال ممتداً ولم يكن قد قبل الحكم المطعون فيه الصادر لم عليه — إلا أن يرفع عليهم طعناً جديداً يضمه إلى الطعن السابق لتفصل في الطعنين معاً محكمة النقض والإبرام .

ثانياً — يجوز للدعى عليه أن يدخل في الدعوى أى خصم في القضية لم

يعلم بالنقض من رافضه (المادة ٢٠) . والمفهوم أنه لا يجوز له أن يدخل في الدعوى إلا من تقوم مصلحته هو على إدخاله ، إما ليحكم برفض الطعن في مواجهته وإما لينضم إليه في طلب الحكم بالرفض كذلك . وإذن فالمدعى عليه أن يدخل من أتت مصلحتهم مع مصلحة الطاعن ، كشريكه في الحق غير القابل للتجزئة وكالتضامن معه في هذا الحق ، وذلك تمكيناً له من حسم النزاع في الدعوى بالحكم برفض الطعن في مواجهتهم جميعاً . وله أن يدخل كذلك من أتت مصلحتهم مع مصلحته لينضموا له في طلب الحكم برفض الطعن ، وعلى هذا يكون للمحيل وللبايع أن يدخلوا الختال ومشتري الحق المتنازع فيه ، والمدعى عليه في الدعوى الأصلية أن يدخل ضامنه في الطعن ، ولو لم يكن قد حكم عليه في دعوى الضمان لصدور الحكم برفض الدعوى الأصلية .

ثالثاً — لا يجوز التدخل إلا للانضمام إلى جانب المدعى عليه في طلب الحكم برفض الطعن ، ويجب أن يكون المتدخل ممن كانوا من الخصوم في القضية التي صدر فيها الحكم المعلوم فيه .

رابعاً — لا يجوز تدخل الانضمام إلى جانب الطاعن في طلب نقض الحكم . وقد أنصف الشارع في منع هذا التدخل ، لأن المتدخل على هذه الصورة لا يكون في الغالب إلا من سقط حقه في الطعن فيحاول التدخل استدراكاً لما فاتته من الطعن بنفسه . فعلى من كان حقه في الطعن محفوظاً ولا يزال ميعاده ممتداً أن يعطن طعنًا خاصاً به ، وإلا رفض تدخله لو تدخل .

الفصل الخامس

فيمن يستفيد من طعن غيره ومن يحتاج عليه بالطعن الموجه إلى غيره

٢٧٧ — لا تناول في هذا الفصل الكلام عن آثار الحكم الذي تصدره محكمة النقض برفض الطعن أو بنقض الحكم المطعون فيه من جهة حجتيه : هل تقتصر هذه الحجية على طرفي الخصومة فقط ، أم تمتد إلى من أتحدت مصلحته ومصلحة الطاعن أو المدعى عليه في الطعن ؟ فإن الكلام في ذلك سيكون في باب آخر . إنما الذي يعني أن تناوله بالبحث في هذا المقام هو الإجابة على الأسئلة الآتية : أولاً — إذا تعدد الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه وقام أحدهم بإعلان الحكم نخص من خصومه ، فهل يترتب على هذا الإعلان أن يعتبر الحكم معطلاً من كل من أتحدت مصلحتهم مع مصلحة معطله ، وأن يعتبر معطلاً إلى كل من أتحدت مصلحتهم مع مصلحة من أعلن إليه ؟ ثانياً — وهل يجوز لمن اتقضى ميعاد طعنه في حكم أن يطعن فيه بعد الميعاد ، معتمداً على أن خصماً آخر أتحد وإياه في المصلحة قدم طعنه في الميعاد ؟ ثالثاً — وهل لمن رفع طعنه على بعض خصومه في الميعاد أن يقدم طعناً آخر على بعض آخر بعد انقضاء الميعاد ؟ رابعاً — وهل يترتب على عدم صحة الطعن في حق أحد المدعى عليهم في الطعن أن يصير الطعن في حق الباقيين منهم غير صحيح كذلك ولو كان صحيحاً في واقع الأمر ؟

وهذه الأسئلة لا تعرض عند دراسة الطعن بطريق النقض فحسب ، بل تعرض كذلك عند دراسة كل طريق من طرق الطعن في الأحكام . ولذلك كان من

الفقهاء من عني بالإجابة عنها في باب الاستئناف ثم أشار في الأبواب الخاصة بطرق الطعن الأخرى إلى اتباع ما أجاب به . ومنهم من يجيب عليها في فصل مستقل قبل الدخول في تفصيل طرق الطعن في الأحكام طريقاً طريقتاً . وكلهم يقررون أن القاعدة العامة في المرافعات هي أنه إذا تعدد المدعون أو المدعى عليهم وانفرد أحدهم بالقيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات ووجهه إلى أحد خصومه ، فإنه هو وحده دون غيره الذي يفيد من هذا الإجراء فائدته القانونية وخصمه هو وحده الذي يحتاج عليه بهذا الإجراء كذلك . ثم يبنون على هذه القاعدة قولهم إن آثار إعلان الأحكام والطعن فيها نسبية ، أي خاصة بمن أعلن أو بمن طعن ، في حق من أعلن له الحكم أو وجه إليه الطعن . فإذا تعدد الخصوم فالذي يكون قد أعلن الحكم لخصمه هو الذي يستفيد من إعلانه والذي يكون قد طعن في الحكم هو الذي يستفيد من طعنه كذلك . أما غيرهما ممن تتحد مصالحهم مع مصلحة من أعلن الحكم أو من رفع الطعن فلا يستفيد من هذا الاعلان ولا من ذلك الطعن . وقد قالت محكمة النقض الفرنسية « إذا استأنف بعض المحكوم عليهم وفوت البعض الآخر على نفسه استئناف الحكم حتى انقضى الميعاد ثم قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف ، فإن المستأنفين هم الذين يستفيدون من هذا الحكم ، أما من لم يستأنف فلا يستفيد منه شيئاً ، لأن الحكم الابتدائي — أي كان ما اعتوره من خطأ في فهم الواقع في الدعوى أو في حكم القانون وتطبيقه — قد صار انتهائياً بالنسبة لهم »^(١) . وكذلك قيل إن الاستئناف للرفوع على بعض المحكوم لهم لا يمنع من صيرورة الحكم المستأنف انتهائياً في حق الآخرين الذين لم يستأنف هذا الحكم عليهم .

وقالت محكمتنا : إن آثار إعلان الأحكام بين الخصوم لا تكون إلا بين من أعلن الحكم ومن أعلن له ، سواء تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم (وذلك

فيا عدا حالة عدم التجزئة أو حالة التضامن المفيدة قانوناً توكيل بعض التضامنين لبعض في عمل ما هو من مصلحتهم جميعاً^(١).

هذا هو أصلهم في الباب ، ولسكنهم قد استثنوا منه — عند كلامهم في باب الاستئناف — حالات عدم التجزئة والتضامن والضمان :

الاستثناءات

٢٧٨ — مائة عزم التجزئة : قالوا إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة (والمراد بعدم التجزئة عدم التجزئة للطلق الذي يستحيل معه أن يكون لحسم النزاع غير حل واحد بحيث إذا صدر فيه حكمان يخالف أحدهما الآخر استحالة تنفيذهما معاً)^(٢) فكل إجراء يقوم به أحد الشركاء بقصد حفظ نصيبه في الحق أو صونه يقع — ضرورة عدم التجزئة — لحفظ موضوع النزاع وصونه بمجملته . ثم قالوا وعلى ذلك إذا رفع أحد الشركاء طعنًا في الميعاد كان لشركائه أن يستفيدوا من طعنه ، ولو كانوا قد قبلوا الحكم الصادر عليهم أو فوتوا على أنفسهم ميعاد الطعن فيه^(٣) .

ثم خرجوا عن منطلق هذا القول فقررروا أنه إذا رفع الطعن على بعض الشركاء في الميعاد جاز للطاعن الاحتجاج بطعنه على بعض آخر إذا اختصمهم بعد فوات الميعاد^(٤) . وقد تنبته محكمة استئناف لياج (Liège) إلى هذا الخروج فحكمت

(١) ن . م . م . ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ (المقامة س ١٦ رقم ١١٤ س ٢٧٥)

(٢) ن . ف ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٢ (س ٩٣ — ٩ — ٨٥) وتيسيه س ٣٠١ وقد قلنا في مذكرات دروسنا إن موضوع النزاع يعتبر غير قابل للتجزئة كلما كان تنفيذ الحكم الذي يصير حائراً لقوة الشيء المحكوم به بالنسبة لبعض الخصوم (الذين لم يطعنوا) مستحلاً مع تنفيذ الحكم الذي يصدر بالنسبة للبعض الآخر (الذين طعنوا) بناء على الطعن في الحكم الأول . (٣) و (٤) جارسوني س ٢٤٤ و ٢٤٥ وهامش ١١٠ و ١١١ في باب الاستئناف وتيسيه س ٢٩٩ وهامش ٢ و ٣ في باب الاستئناف . وإقرأ تعليق تيسيه على ن . ف ٤ فبراير سنة ١٨٩٥ (س ٩٥ — ٩١ — ٤٠١) و ع . ف ١٥ أبريل سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٢ — ٣١٦ — ١) و ن . ف ٩ فبراير سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٧ — ١ — ١٣) و ٣ ديسمبر ١٩٠٦

بأنه إذا أصبح الحكم انتهائياً في حق بعض المحكوم لم وجب الحكم بعدم قبول الاستئناف المرفوع صحيحاً على شركائهم . وحجتها أن حق الأولين قد استقر بصيرورة الحكم انتهائياً في حقهم ، أما حق الاستئناف في كسب الاستئناف الذي رفعه صحيحاً في الميعاد على الآخرين فليس في الواقع إلا مجرد أمل ، ولا شك أن جانب الحق المستقر أولى بالمراعاة من مجرد الأمل ^(١) .

وقد توسط شيفو فرأى أنه إذا كان لأحد الشركاء أن يستفيد من استئناف شركائه المرفوع في الميعاد ، فإن سقوط حقه في استئنافه قبل رفع الاستئناف من غيره يسقط حق الباقيين ^(٢) . ويرى تيسيه وجوب التقيد بنسبية الأثر المترتب على أعمال الرافعات وعدم الخروج عنها حتى في حالة عدم التجزئة ^(٣) .

٢٧٩ — مائة التضامنة ^(٤) : ويقول بعض الفقهاء ، وقد تابعهم القضاء في

سنة ١٩٢٣ (س ١٩٢٤ — ١ — ٣٥٧) و ٢٥ مارس سنة ١٩٢٨ (س ١ — ٩ — ١٧٢) ومن المهم أن ننبه ، كما نبه تيسيه ، إلى أنه لا يترتب على ما جاء بالمتن أن الحكم المطعون فيه بالاستئناف إذا أُلقي في حق من رفع عليه الاستئناف يعتبر ملغى كذلك في حق من لم يرفع الاستئناف عليه ، خروجاً على ما تقتضيه قواعد حجية الشيء المحكوم به من وجوب قصر أثر الحكم على من صدر بينهم ، بل المتن فيه أنه يصح اختصاص من لم يرفع عليه الاستئناف في الميعاد حتى يصدر الحكم بمواجهته مع غيره ممن رفع عليه الاستئناف في الميعاد توحيداً للقضاء في الدعوى . ولهذا يقول تيسيه إن المحاكم الفرنسية تمنح اختصاص هؤلاء وتقتضى بعدم قبول الاستئناف المرفوع على أولئك وحدهم (تيسيه س ٣٠٠ وبماش ١ الأحكام المؤتمدة لهذا القول : منها ج . ف ٤ يناير سنة ١٨٥٣ — ٥٤ — ٥ — ٢٩ ون . ف ٢ أبريل سنة ١٨٧٢ د ٧٢ — ١ — ٤٢٢ وح . ف ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٥ د ٩٠٦ — ١ — ٣١٠ وس ٩٠٩ — ١ — ٣٧٠ و ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٢ د ١٩٢٢ — ١ — ١٦٣ و ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ د ٩٢٤ — ١ — ١٨٩ وس ٩٢٧ — ١ — ٢٨٤)

(١) وحكم محكمة لييج في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٧ (الوسوعات البلجيكية ج ١ س ٢٧٣ رقم ٤٩)

(٢) شيفو على كاريه (السألة ١٥٦٥)

(٣) تيسيه س ٣٠٠ وتعليقه على حكم ٤ فبراير سنة ١٨٩٥ (س ٩٥ — ١ — ٤٠١)

(٤) تيسيه فقرة ٨٦٩ وهوامشها س ٣٠٢ وما بعدها ، وجارسونيه س ٢٤٥

و ٢٤٦ و ٢٤٧ و ١٢ و ١٣ و ١٤

قولهم^(١)، إن أحكام الالتزامات التضامنية الواردة في القانون للدنى تقوم كلها على تقدير نوع نيابة متبادلة بين الدينين التضامنين^(٢)، مقتضاها أن الواحد منهم متى طوّل وحده بالدين انتصب خصما عن الباقيين فيما كان لهم جميعاً من وجوه الدفاع العامة المتعلقة بأسباب بطلان الدين أو انقضائه، وكان الحكم الصادر له أو عليه حكماً لم أو عليهم كذلك^(٣). فإن طوّلوا جميعاً بالدين - فلى الرغم من أن اختصاص كل منهم وحضوره في الخصومة عن نفسه كان من شأنه أن ينفي قيام تلك النيابة المفترضة بينهم فيما يحريه أو يصله كل منهم من الاجراءات عن نفسه ويوجب على كل منهم كذلك السعى في فسخ الحكم عنه بالطن فيه في الميعاد - فقد جرى القضاء الفرنسى مع ذلك على الأخذ بقاعدة هذه النيابة، بعد أن قصر العمل بها على الأعمال والجراءات التى يقوم بها أحدهم وتعود عليهم جميعاً بالحفظ والمصلحة^(٤)، قضى بأن الاستئناف المرفوع من أحدهم في الميعاد يستفيد منه من سقط حقه في الاستئناف بفوات الميعاد^(٥). ولكنه قضى من ناحية أخرى بأن قبول بعض الأخصام للحكم لا يصح الاحتجاج به على غيرهم^(٦).

ثم أخذت محكمة النقض تشترط لهذه الاستفادة أن يتدخل الذى سقط حقه في الاستئناف لقوات الميعاد في الاستئناف المرفوع من زملائه، وقالت في

- (١) ن . ف ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ (س ٨٣ - ١ - ٤٦٥) وأول ديسمبر سنة ١٨٨٥ (س ٨٦ - ١ - ٥٥) و ٢٥ مارس ١٩٠٢ (س ٩٠٣ - ١ - ٤٨٤)
(٢) اقرأ في نشأة هذه النظرية وفي قد مناقب الفقهاء فيها تطبيقاً فيما يسييه على حكم ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ (س ٩٣ - ١ - ٨١)
(٣) تيسيه فقرة ٨٦٩ س ٣٠٢ وهوامشها و ن . ف ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ (س ٧٣ - ١ - ٨٢) وتعلقق تيسيه عليه .

- (٤) ن . ف ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ (س ٩٣ - ١ - ٨١) وتعلقق تيسيه عليه .
(٥) ع . ف ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٠ (س ٩١ - ١ - ٢٤١) و ن . ف ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٢ - ١ - ٢٦٥) ويرى بودرى هذا الرأى ولكنه يقيمه لا على أساس النيابة المتبادلة التى افترضها بعض الفقهاء واختلفوا في نتائجها، أتكون في قطع التضام وإثبات التصغير وإعذار الدين أم تكون في ذلك وفي غيره، بل علل مذهبه بطبيعة الشركة في الدين المكشول وتوحد مصلحة الدينين فيه (بودرى في التمهيدات ج ٢ فقرة ١٢٣٥)
(٦) ن . ف ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٨ (س ٩٩ - ١ - ٤٤١)

حكم أصدرته في أول مايو سنة ١٩٠١^(١) : « إنه إذا صح افتراض قيام النياية المتبادلة بين المدينين المتضامين عند مطالبتهم بالدين منفردين بعضهم عن بعض ، فلا محل لتقديرها إذا جمعتهم المطالبة بالدين في قضية واحدة وصدر عليهم الحكم ، إذ ينبغي في هذه الصورة أن يسمى كل منهم في التظلم من الحكم بجميع ماله من طرق الطعن القانونية أو أن يتدخل على الأقل فيما سار فيه غيره من هذه الطرق في الميعاد . فان لم يتظلم أو يتدخل فإنه يجب اعتباره راضياً بالحكم ، واعتبار الحكم في حقه حائزاً قوة الشيء المحكوم به نهائياً ؛ وهذا الاعتبار لا يمنع من القضاء بإلغاء الحكم المتظلم منه أو تعديله في حق من طعن فيه في الميعاد » .

فإن لم يتدخل ذلك الذي سقط حقه في الاستئناف بفوات الميعاد أو بقبول الحكم فلا يحتاج بهذا السقوط ولا بهذا القبول على من استأنف منهم ، وإذا صدر الحكم لمصلحة المستأنفين ، فلا وجه له في الاستفادة من هذا الحكم بل يبقى لكل من الحكيم حجيته بين خصوم الدعوى فقط . ففي قضية كان حكم فيها على مدينين متضامين فرفع بعضهم معارضة ثم استئنفا قضى فيهما بعدم قبولهما لرفضهما بعد الميعاد ، ثم حاولوا الاستفادة من حكم آخر صدر في مصلحة الباقيين — في هذه القضية صرحت محكمة النقض في أسباب حكمها المؤرخ في ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣^(٢) بأن تلك النياية التي يفترض قيامها بين المدينين المتضامين ينبغي أن ينتهي الاعتدال عليها متى انفراد أحدهم بالعمل لمصلحة نفسه وحبط عمله وصار الحكم الصادر عليه انتهائياً ، وبأنه بناء على ذلك لا يحق لمن قضى نهائياً بعدم

(١) (س ٩٠٢ — ١ — ٤٣٣ وتعليق لاكوست) وتبسيه ص ٣٠٤ وهامش ٣

(٢) ن . ف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٤ — ١ — ٢٣٣) وقول تبسيه في التعليق عليه إن القضاء كان يجري على جواز القول باستفادة من لم يكن قد رفع استئنافاً ما من الاستئناف الرفوع من غيره ، فالفرقة بين هذه الصورة والصورة التي صدر فيها حكم النقض هي تفرقة دقيقة وربما كانت غير مفهومة ، لأن الحكم في صورتين قد اكتسب قوة الشيء المحكوم به ، ولأن منطوق ظروفهما ليكذب قيام هذه النياية المتبادلة بين من كان بعضهم يقوم بالعمل منفرداً عن غيره .

قبول معارضته أو استئنائه لرفعهما بعد الميعاد أن يحتج بما صدر بعد ذلك من أحكام لمصلحة الباقيين من زملائه .

أما إذا كان الحكم صادراً للمدينين المتضامنين ، فالدائرة المدنية تقضى بأن الاستئناف المرفوع من الدائن على أحدهم لا يمكن الاحتجاج به على غيره ممن أصبح الحكم المستأنف في حقه اتهائياً لا يجوز للدائن استئنائه قبله ، ذاهبة في ذلك إلى عدم جواز أخذ المدينين المتضامنين بقاعدة النيابة المتبادلة في الصور التي تعود عليهم بالضرر^(١) . أما دائرة الرأى فقد جرت على القضاء بأن قيام أحد المدينين المتضامنين بإعلان الحكم الصادر لمصلحتهم جميعاً للدائن يجرى ميعاد الطعن عليه في حقه جميعاً ويحمل الحكم اتهائياً بالنسبة إليهم ، وذلك أخذاً بقاعدة النيابة المتبادلة المفترض تطبيقها كلما عاد هذا التطبيق عليهم بالحظ والمصلحة^(٢) .

وقد رأى موريل في خاتمة تحليله لقضاء محكمة النقض أن الأقفه لديه هو الأخذ بنسبية آثار إعلان الأحكام والطعن فيها إلا في حالة عدم التجزئة ، وأنه من المتيسر تلافي ما يحتمل وقوعه من التناقض في الأحكام باتباع قواعد الإدخال الجبري^(٣) .

٢٨٠ — مائة الفهم الفرعى^(٤) : وكذلك قد أجاز الفقه والقضاء

القرنى للدعى عليه فى الدعوى الأصلية ، ولضامنه ، أن يستفيد كل منهما من طعن صاحبه وأن يرفع كل منهما طعنه كذلك ولو كان قد قوت على نفسه ميعاد الطعن

(١) ن . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ (٩٢ د — ١ — ١٧٧ وتعلق كوهندى)
ويقول تيسيه إن الأخذ بقاعدة النيابة المتبادلة كان يقتضى أن يخفى فى صورة الدعوى بعدم قبول هذا الاستئناف ، لأن قيام بعض الدعى عليهم المحكوم لمصلحتهم بإعلان الحكم للدائن ، كان يصح اعتباره أنه قد حصل منهم جميعاً ، أى كما رأته دائرة الرأى .

(٢) ع . ف ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٨ (جازيت دى باليه ٩٢٨ — ١ — ٤٣٥)

وتيسيه ص ٣٠٣ وهامش ص ٣٠٥

(٣) تيسيه ص ٣٠٦

(٤) تيسيه فقرة ٨٧٠ وهامشها ص ٣٠٧ وما بعدها وجار سونه فقرة ١٣٨ فى

باب الاستئناف .

أو كان قبل الحكم . إنما يشترط لذلك أن تكون دعوى الضمان قد ارتبطت بالدعوى الأصلية ارتباطاً وثيقاً لا انفكاك له ، بحيث يصبح الطعن الذي وجهه الضامن إلى الحكم الصادر عليه في الدعوى الفرعية موجهاً كذلك إلى الحكم الصادر في الدعوى الأصلية^(١) . أما إذا اقتصر طعن الضامن على المنازعة في مسؤوليته بالضمان ، فلا يستطيع المضمون الاستفادة من هذا الطعن ، ويكون عليه أن يرفع طعناً خاصاً يوجهه إلى المدعى في الدعوى الأصلية^(٢) .

٢٨١ — محل هذه الاستثناءات في الفقه المصري : وإذا أجاز القانون

الفرنسي التدخل إلى جانب الطاعن أمام دائرة العرائض والتدخل إلى جانب الطاعن وإلى جانب المدعى عليه في الطعن ، فقد سمحت القرص الكثيرة لهؤلاء المتدخلين وخصوصهم أمام محكمة النقض لمناقشة بعضهم بعضاً فيما إذا كان يجوز لمن لم يرفع طعناً أن يستفيد من طعن غيره ، وفيما إذا كان يجوز لمن رفع طعنه على بعض خصومه في الميعاد أن يحتج به على غيرهم ، وتنتأث القرص الكثيرة لمحكمة النقض الفرنسية لتقول كلها في مختلف هذه الصور كما رأيت .

أما والذي يميزه القانون المصري هو تدخل الانضمام إلى جانب المدعى عليه لطلب الحكم برفض الطعن ، فستعرض فرص الادعاء بالاستفادة من طعن الغير والاحتجاج بالطعن للرفع على الغير في الأحوال الآتية :

أولاً — إذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر على شركاء في حق غير قابل للتجزئة ، أو على متضامين ، وكان بعضهم هو الذي رفع الطعن على خصومه وأدخل زملاءه ليصدر الحكم في مواجهم .

(١) ن . م . م . ١٧ أبريل سنة ١٩٣٢ (الحاماة س ١٢ رقم ٤٨٥) وقد جاء به :
« على أن قبول المضمون للحكم الصادر في الدعوى الأصلية مفروض تليقه على قبول الضامن لهذا الحكم »

(٢) تيسيه ص ٣١٠ في باب الاستئناف و ص ٤٥٩ في باب النقض .

ثانياً — إذا رفع الباقيون من زملاء الطاعن طعناً آخر بعد الميعاد وأسرت المحكمة بضمه إلى الطعن الأول .

ثالثاً — إذا صدر الحكم للشركاء أو للمدينين المتضامنين ، وكان خصمهم هو الذي رفع الطعن ووجهه إلى بعضهم ، وأدخل المدعى عليه في الطعن الباقيين منهم بعد فوات الميعاد بالنسبة لهم ، أو تدخل هؤلاء من تلقاء أنفسهم بعد انقضاء الميعاد كذلك ليطالبوا جميعاً برفض الطعن .

رابعاً — في صور الطعن في الدعوى الأصلية ودعوى الضامف السابقة الإشارة إليها .

في جميع هذه الصور يصح التساؤل عن يستفيد من طعن غيره ، وعن محتج عليه بالطعن المرفوع على غيره ؟ والجواب عندنا أن الطعن الذي يرفضه أحد الشركاء في حق لا يقبل التجزئة ، أو الذي يرفضه أحد المدينين المتضامنين في الميعاد يستفيد منه غيره من شركائه أو زملائه ممن يكون قد سقط حقهم في الطعن باقضاء الميعاد أو بقبول الحكم ، متى كان هذا الحكم صادراً عليهم في دفع عام يتعلق بأصل الدين ، وكان يجوز لكل منهم الدفع به . ولا قول في تحليل هذه الاستفادة إن من رفع الطعن عن نفسه يمكن اعتباره نائباً فيه عن زملائه ، تلك النية المتبادلة التي قدرها بعض الفقهاء في إعلان الأحكام ورفع الطعون ، لأن هؤلاء ما كانوا يستطيعون بعد أن انقضى الميعاد بالنسبة لهم أن يرفضوا الطعن بأنفسهم ، فزيم لا يستطيع رفضه بالنيابة عنهم من باب أولى (وهذا على الأقل في صورة رفع الطعن بعد سقوط حقهم) . وإنما نلله بطبيعة النزاع الذي لا يقبل إلا أن يكون الحكم فيه واحداً في حق الكل .

أما إذا كان الحكم صادراً لمصلحة الشركاء أو للمدينين المتضامنين ، وكان أحدهم هو الذي أعلن الحكم لخصمهم ، فلا يجوز لهذا الخصم إذا رفع طعنه على غير من أعلن له الحكم أن يدعى أنه برفضه الطعن ضد هؤلاء في الميعاد يجوز له

أن يحتج بطعنه على غيرهم ممن سقط حقه في الطعن بالنسبة لهم لغوات الميعاد — نعم لا يجوز له ذلك ، بل يجوز للمدعى عليهم في الطعن أن يستفيدوا من قيام زميلهم بإعلان الحكم الصادر لمصلحتهم جميعاً للطاعن وأن يحتجوا عليه بسقوط حقه في الطعن بالنسبة لهم جميعاً لا قضاء الميعاد ، وذلك ترجيحاً لحق من صار الحكم بالنسبة له غير مقبول الطعن فيه على ما للطاعن من مجرد الأمل في كسب طعنه الذي وجهه لغيره . تقول ذلك آخذين فيه بمذهب القضاء البلجيكي ، وبما قضت به محكمة النقض الفرنسية أخيراً^(١)

أما في حالات الضمان ، فكذلك نرى أن لكل من الضامن ومدعى الضمان أن يستفيد من الطعن الذي يرفضه أحدهما على المدعى الأصلي ، كما يجوز لكل منهما أن يرفع طعنه بعد الميعاد إذا كان الآخر قد رفع طعنه في الميعاد . وإنما نشترط لذلك أن تكون دعوى الضمان مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً من شأنه أن يكون الطعن المرفوع من الضامن بحيث يطرح موضوع الدعوى الأصلية التي رفعها صاحبها على مدعى الضمان^(٢)

(١) ن . ف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ (د ٩١٣ — ١ — ٨٩) وتعليق ديبارك

Duparcq وس ٩١٠ — ١ — ٨١)

(٢) ن . م . م ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨٥)

الباب الرابع في رفع الطعن وآثاره

الفصل الأول

في إجراءات رفع الطعن وتحضيره وتحقيقه

إجمال هذه الإجراءات

٢٨٢ — في القانون الفرنسي : إجراءات رفع الطعن وتحضيره بين الخصوم وتقديمه للجلسة والحكم فيه تحكمها في النظام الفرنسي لأئحة ١٧٣٨ (النظمة لمجلس الملك الذي حلت محله محكمة النقض) والأوامر العالية الصادرة في ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ وفي ٢ بريمور سنة ٤ وقانون ٣٠ فنتوز سنة ١٣ وقانون ١٥ يناير سنة ١٨٢٦ . والقاعدة العامة في هذه الإجراءات أنها إجراءات كتابية كما سترى تفصيله في هذا الفصل .

أما في النظام البلجيكي فهذه الإجراءات كان يحكمها ويفصلها قانون ١٥ مارس سنة ١٨١٥^(١) ، ثم صار يحكمها قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥^(٢) .

في القانون المصري : لاحظ مشرعنا أن وظيفة محكمة النقض الأساسية تنحصر في نظر الطعون التي ترفع لها في الأحكام البنية على مخالفة للقانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله أو على بطلان جوهرى في الحكم أو في الإجراءات ،

(١) نمره شوشن في كتابه ص ٨٤٠ وما بعدها . ونظن أن قانوننا مقتبس منه .

(٢) راجع في تفصيل ذلك سيمونه من ص ٧٤ إلى ص ٩٨

وأن بحثها في هذه الطعون يكون من قبل ما اشتملت عليه من المسائل القانونية، مجردة عما لا يسها من وقائع القضايا، ثم لاحظ أن الحامين المقبولين للرافضة أمامها هم — بما توافر لهم من خبرة ومراعاة وطول عهد بالحمامة — جديرون بالاضطلاع بما يفرضه القانون على موكلهم من الواجبات. لاحظ المشرع هذا وما إليه فوضع لتقديم الطعون وتحضيرها وتحقيقها بين الخصوم نظاماً يتفق — كما يقول في المذكرة الإيضاحية — مع طبيعة المهمة التي نيطة محكمة النقض بالقيام بها ومع نوع عمل تلك المحكمة، فكان نظاماً بسيطاً يتلخص:

أولاً — في إيداع طالب النقض كفالة، روى أنه من المفيد أن تكون حدا للطعون التي قد ترفع بدون ترؤف.

ثانياً — في تقرير بالطعن يحرر بقلم كتاب محكمة النقض، ويوقعه الحامي الموكل عن الطاعن، ويشتمل — زيادة على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقامتهم — على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وتقصيل الأسباب التي بني عليها الطعن (المادة ١٥).

ثالثاً — في تبليغ محامي الطاعن هذا الطعن إلى خصومه بورقة من أوراق المحضرين تعلن لهم بالأوضاع المادية (المادة ١٧).

رابعاً — في إيداع محامي الطاعن قلم الكتاب مذكرة كتابية بشرح أسباب الطعن المفصلة في التقرير وصورتين مطابقتين لأصل الحكم المطعون فيه والمستندات المؤيدة للطعن (المادة ١٩).

خامساً — في إيداع محامي المدعى عليهم مذكرة بدفاعهم مشفوعة بالمستندات (المادة ١٩).

سادساً — في إعلان المدعى عليه في الطعن أي خصم كان في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ولم يعلنه رافع الطعن ويرى هو وجوب إدخاله (المادة ٢٠)، وفي تقديم هذا الخصم الذي أدخل مذكرة كتابية بدفاعه مع

ما يرى لزوماً لتقديمه من المستندات .

سابعاً — في الترخيص لمن كان خصماً في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ولم يعلنه رافع النقض بالطعن ، بالدخول في دعوى النقض بإيداعه مذكرة كتابية (الفقرة الأولى من المادة ٢١) .

ثامناً — في إرسال أوراق القضية إلى النيابة العامة لتضيف إليها مذكرة كتابية بأقوالها (للمادة ٢٤) .

تاسعاً — في إخطار قلم الكتاب محامى الخصوم بتاريخ الجلسة التي يحددها رئيس المحكمة وفي تعليق جدول الجلسة بقلم الكتاب قبلها بخمسة عشر يوماً .
عاشراً — في إبداء الملاحظات الشفوية بالجلسة أمام المحكمة .

والذي جمع هذه الاجراءات في سلك هذا النظام هو كونها كتابية ، وأن الشارع قد أوجب على محامى الخصوم القيام بها في قلم الكتاب : فتقرير الطعن يحضره كاتب المحكمة على لسان محامى الطاعن ، والمذكرات والمستندات التي تودع قلم الكتاب يوقعها محامو الخصوم . ولهذا كانت العبارة في حضور الخصوم وغيابتهم إنما هي بإيداع المذكرات والمستندات بقلم الكتاب ، فيعتبر الطاعن حاضراً بمجرد توقيع محاميه تقرير الطعن بقلم الكتاب سواء حضر بعد ذلك هو ومحاميه بالجلسة أم لم يحضرا ، وكذلك يعتبر المدعى عليه حاضراً بمجرد إيداع محاميه مذكرة بدفاعه سواء حضر بعد ذلك هو ومحاميه أم لم يحضرا . ولهذا أيضاً نصت المادة ٢٦ من القانون على أن لا يؤذن للخصوم « في أن يحضروا شخصياً أمام محكمة النقض من غير محام معهم . وليس للخصوم الذين لم يودع باسمهم مذكرة كتابية الحق في أن ينيبوا عنهم محامياً في الجلسة . ولا يجوز إبداء أسباب شفوية في الجلسة غير الأسباب التي أدلى بها الخصوم في المذكرات الكتابية المودعة في القضية ، فإذا لم يحضر محامون بالجلسة يفصل في القضية بموجب الأوراق الكتابية » .

تفصيل هذه الإجراءات

الفرع الأول

في الكفالة وإيداعها

٢٨٣ - في القانون الفرنسي : قد أوجبت المادة الخامسة^(١) من الباب

الرابع من الكتاب الأول من لأئحة سنة ١٧٣٨ (الممول بها للآن) على طالب النقص أن يودع لدى أحد محصلي رسوم القيد مائة وخمسين فرنكا إذا كان الحكم المطلوب نقضه حضوريا ، وخمسة وسبعين فرنكا إذا كان غيابيا^(٢) ، وأن يلحق الوصل الذي يغطاه بعريضة الطعن حين إيداعها بقلم كتاب محكمة النقص ، وإلا فلا تقبل عريضة طعنه . وقد دل هذا النص عندم على أن إيداع المبلغ على هذه الصورة وإرفاق سند الإيداع بعريضة الطعن كلاهما معتبر من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على عدم مراعاتها قضاء المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن شكلا^(٣) .

٢٨٤ - في القانون المصري : وقد نقل شارعنا حكم هذه المادة إلى المادة

السادسة عشرة من قانون إنشاء محكمة النقص ، فأوجب على الطاعن في الفقرة الأولى

(١) نصر نصها في ربرتوار دالوز ص ٦ بالمماش .

(٢) هذا المبلغ هو قيمة الغرامة التي تحكم بها دائرة الرائض عند الحكم بعدم قبول الطعن ، أما الغرامة التي تحكم بها الدائرة المدنية فهي ضعف هذا المبلغ . ثم أضيف إلى المبلغ الواجب إيداعه عشرة ونصف عشرة ، وبذلك صار ما يجب إيداعه هو ١٨٧,٥ ف أو ٩٣,٧٥ ف وما يجب أن تحكم به المحكمة المدنية ٣٧٥ ف أو ١٨٧,٥ ف (فاى فقرة ١٩٠ ص ٢١١) .

(٣) فاى فقرة ١٩٥ ص ٢١٧ - ٢١٨ وتيسيه ص ٥٠٣ ون . ف ١٥ فبراير سنة ١٨٤١ (وقد أشير إليه في ربرتوار دالوز فقرة ٦٤٨) ون . ف ٥ مارس سنة ١٩١٨ (د ١٨٨ - ١ - ١٥ وتطبيق L. S. و ع . ف ٢ يناير سنة ١٩٢٣ (د ٩٢٣ - ١ - ١٢٧)

منها أن يودع ألف قرش إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً من محكمة استئناف ، وخمسمائة قرش إذا كان صادراً من محكمة ابتدائية أو جزئية ، بصفة كفالة يحكم بمصادرتها إذا قضى برفض الطعن أو بعدم قبوله ، منوهاً في المذكرة الإيضاحية بأن « المقصود من هذا الإيداع هو وضع حد للطعون التي قد ترفع بدون ترو » . ثم أوجب على قلم الكتاب في الفقرة الثانية ألا يقبل تقريراً من طاعن إذا لم يصحب بإيداع هذه الكفالة .

وفي آخر سنة ١٩٣٢ اقترح المرحوم الأستاذ مرمي محمود عضو مجلس الشيوخ — فيما اقترحه — تنقيص مبلغ الكفالة^(١) ، فاستطلع وزير الحقانية رأى محكمة النقض والنائب العمومي ثم أجاب رئيس مجلس الشيوخ بأنه يرى أن تحديد الكفالة كما هو منصوص عليه بالمادة السادسة عشرة السابقة الذكر إنما أريد به وضع حد للطعون التي ترفع بدون بحث أو ترو . ولما أحيل نظر الاقتراح على لجنة الحقانية قالت في تقريرها : إن الكفالة غير مبالغ فيها وإنها فوق ذلك يجب أن تكون مرتفعة نوعاً حتى يمكن أن تحول دون الطعون غير الجدية والتي ترفع بدون بحث أو ترو . ولهذا لم تقرر الاقتراح ، ولكنها استبدلت بما جاء بالمادة ١٦ من عبارة « ويودع كفالة قدرها ألف قرش » عبارة « يودع بقلم الكتاب بصفة كفالة مبلغ ألف قرش » واستبدلت بعبارة « إذا لم يصحبه إيداع الكفالة » عبارة « إذا لم يصحب بما يدل على هذا الإيداع » . وبهذا التعديل صدر قانون ١٠ يولييه سنة ١٩٣٣ ونشر بالوقائع الرسمية في ١٧ يولييه سنة ١٩٣٣ وصار نص المادة ١٦ هكذا :

« ويجب على الطاعن أن يودع في قلم الكتاب بصفة كفالة مبلغ ألف قرش

(١) قد أُلِيَ قانون ٣١ مارس سنة ١٨٦٦ في بلجيكا المادة الخامسة من قانون ١٠ مارس سنة ١٨١٦ التي كانت توجب لإيداع كفالة ، وبنا أصبحت الطعون تقدم في بلجيكا بشير كفالة (نصر هذا القانون في شوغن ص ٨٧٥ — ٨٧٦)

إذا كان الحكم صادراً من محكمة استئناف ، أو خمسمائة قرش إذا كان الحكم صادراً من محكمة ابتدائية أو جزئية .

« ولا يقبل قلم الكتاب تقريراً بالطنن إذا لم يصحب بما يدل على هذا الإيداع »^(١).

٢٨٥ — وهذا النص يدل كذلك على أن إيداع مبلغ الكفالة بقلم كتاب محكمة النقض ، قبل تقرير الطعن وفي الميعاد الذي يجب رفع الطعن فيه ، هو من الإجراءات الجوهرية التي تجب مراعاتها ، وإلا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن شكلاً . وإذن فلا يجوز لأغب في الطعن أن يودع الكفالة في إحدى خزائن الحكومة ويقدم سند الإيداع بقلم كتاب محكمة النقض ، أو يودع أقل مما يجب عليه إيداعه حين تعدد الكفالات ، أو يستدرك ما وقع فيه من خطأ أو نقص في الإيداع إلا في الميعاد المضروب لرفع الطعن ، وإلا كان طعنه غير مقبول .

٢٨٦ — والكفالة واجبة على كل طاعن ، فرداً أو مصلحة عامة أو وزارة أو جمعية خيرية^(٢) . إنما يصح للجنة المساعدة القضائية المشكلة بمقتضى المادة ٥٦ من الأمر العالي الصادر في ٧ أكتوبر سنة ١٨٩٧ الخاص بالرسوم القضائية في المحاكم الأهلية ، المعدلة بمقتضى المادة ٤٤ من قانون محكمة النقض ، أن تنفى الفقير من إيداع الكفالة كما تنفيه من المصاريف ، متى رجحت احتمال كسب الدعوى . وقد قالت في ذلك دائرتنا الجنائية في حكمها المؤرخ في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢^(٣) : « إن القرار الذي تصدره لجنة المساعدة القضائية بإعفاء طاعن من رسوم محكمة النقض ينسحب أيضاً على الكفالة المنصوص عليها في المادة ٣٦ من قانون إنشاء

(١) ونقل حكم المصادرة إلى المادة ٣٠ حيث عدلت بما يفيد جواز الحكم بمصادرة مبلغ الكفالة كله أو بعضه (راجع نص المادة ٣٠ المعدلة بقانون ١٠ يولييه سنة ١٩٣٣)

(٢) القانون الفرنسي يفتي المصالح العامة والمؤسسات الخيرية من إيداع الكفالة (جارسونييه ص ٧٠٩ هامش ٨ و ٩ و ١٠ وتيسيه فقرة ٩٦٥ ص ٥٠٣)

(٣) مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٣٢ ص ٢٧٠

محكمة النقض (الخاصة بالنقض في المواد الجنائية) . ولا يمنع من ذلك عدم ذكر الكفالة بالذات ضمن صنوف الأعباء المالية التي نصت المادة ٥٣ من الأمر العالي الصادر في ٧ أكتوبر سنة ١٨٩٧ على إعفاء الفقراء منها ، فان الكفالة فضلا عن أنها لم يكن لها وجود في ذلك الوقت ، فان الأحوال التي عدتها تلك المادة وأجازت بشأنها الإعفاء لم تذكر على سبيل الحصر ، وهي على تنوعها تدل على أن غرض الشارع إنما هو عدم تكبيد الفقير دفع أى مبلغ كان مما تستلزمه إجراءات الدعوى لحين الفصل فيها ^(١) و^(٢) .

٢٨٧ — متى تعدد الكفالة؟ والأصل أنه إذا تعددت الطعون وجب إيداع كفالة لكل طعن ، ولو كان التقرير واحدا . ويعتبر الطعن متعددا إما لتعدد الطاعنين أو تعدد الأحكام المطعون فيها ، ومحكمة النقض هي وحدها صاحبة القول الفصل في ذلك . وللفقهاء الفرنسيين قواعد استقوها من أحكام محاكمهم العليا فقالوا : إذا كان الطاعن واحداً والحكم المطعون فيه واحداً فالكفالة واحدة ، ولو تعدد المدعى عليهم واختلف مصالحهم وكان قد قضى على الطاعن لكل منهم بشئ متميز عما قضى به لغيره ^(٣) . وإذا طعن إنسان في جزء من حكم ثم رفع طعناً آخر في جزء آخر منه في الميعاد فليس عليه إلا كفالة واحدة ^(٤) . فإذا كان الطاعن واحداً وتعددت الأحكام المطعون فيها ، وكانت هذه

(١) ومع أن لائحة ١٧٣٨ لم تنص على إعفاء الفقير من الكفالة ، فإن العمل جرى في فرنسا على إعفائه حتى نص عليه في المادة الأولى من قانون ٨ يولييه سنة ١٧٩٣ ثم في المادة ١٧ من قانون ٢٨ بريمور سنة ٤ ثم في المادة الأولى من قانون ١٤ بريمور سنة ٥ (جارسونييه ص ٧١٠ هامش ١٤)

(٢) ولما اقترح تعديل مبلغ الكفالة ورأت لجنة الحفانية بمجلس الشيوخ رفض الاقتراح ، قالت : « على أن المشرع لم يفته من الأصل رعاية جانب الفقير المسر بإنشاء نظام الإعفاء من الرسوم ، فلي من لا يستطيع دفع الكفالة أن يلجأ إلى لجنة المساعدة القضائية » . (٣) فاي ص ٢٢٠ ن . ف ٣ يناير سنة ١٨١٤ (وقد أشير إليه في ربرتوار دالوز

فقرة ٦١٣)

(٤) كاربنتيه آخر فقرة ٣٢٤ وهو عكس رأى بونيت (Poncet)

الأحكام قد صدرت بين الطاعن وخصومه في نزاع واحد وترتبت هذه الأحكام بعضها على بعض ، فالطعن واحد والكفالة واحدة^(١) . ومن أمثله ما لو طعن في الحكم الصادر في الاختصاص وفي الحكم الصادر في موضوع الدعوى^(٢) ، أو في الحكم التمهيدى الصادر بالتحقيق وفي الحكم القطعى الصادر في موضوع الدعوى^(٣) . أما إن كانت الأحكام صادرة في قضايا مختلفة متميز بعضها عن بعض ، فالطعن متعدد والكفالة متعددة^(٤) . ومن أمثله : إذا طعن دائن من أصحاب الديون المقيدة في حكين صادرين برفض دعويه اللتين رفعهما على حائزين لعقارين مختلفين ، فإنه يكون عليه دفع كفالتين ولو كان تقرير الطعن واحدا^(٥) . ومن طعن في الحكم الصادر بعدم قبول استئنافه لكون الحكم المستأنف صدر اتهاثيا ، وطعن كذلك في هذا الحكم احتياطيا ، فإنه يكون عليه دفع كفالتين^(٦) . وإن كان الحكم واحداً وتعدد الطاعنون فيه وكانت مصلحتهم واحدة

(١) كاربنتيه ققرة ٣٠٥ وتعليقات دالوز ققرة ١٤٠١

(٢) ن . ف ٢١ أغسطس سنة ١٨٤٤ (بنديك ٤٤ — ١ — ٤٢٥)
و ١٧ يولييه سنة ١٨٧٩ (س ٨٠ — ١ — ٧٦) وأشير إليهما في كاربنتيه ققرة ٣٠٨
ون . ف ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ (س ٩٠٥ — ١ — ٤١٤)

(٣) أول يولييه سنة ١٩٠٧ (س ٩٠٧ — ١ — ١٣) . وكذلك لو كان الحكم صادرا في مسألة فرعية (ن . ف ٢١ نوفمبر ١٨٣٧ س ٨٣٨ — ١ — ١٦٥) وأشير إليه في ربرتوار دالوز ققرة ٦٢٩) . وإذا رفع طعنان في حكين صادرين في استئنافين عن حكم واحد فالكفالة واحدة (ع . ف ٦ يناير سنة ١٨٧٣ س ٧٣٣ — ١ — ١١٦ و ١١٧ وتعليقات دالوز ققرة ١٤٠٠) . وإذا رفع طعنان بقدرين واحد عن حكين صادرين في دفعين في قضية واحدة فالكفالة واحدة (ع . ف أول فبراير سنة ١٨٨٢ س ٨٣٣ — ١ — ١٩٧ وتعليقات دالوز ققرة ١٤٠٣)

(٤) ربرتوار دالوز ققرة ٦١٨ وكاربنتيه ققرة ٣١٥ وما يندما ون . ف ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ (د ٩١٧ — ١ — ٧٠)

(٥) ن . ف ٢٤ مارس سنة ١٨٤١ (س ٤١ — ١ — ٦٤٣) وكاربنتيه ققرة ٣١٦

(٦) ن . ف ٢٣ أبريل سنة ١٨٣٥ (س ٣٥ — ١ — ٩٤٦) كاربنتيه ققرة ٣١٧

في الطعن فالكفالة واحدة^(١). فان اختلفت مصالحهم أو كان لكل منهم وجوه خاصة قد تقضى إلى تقض الحكم في حقه فقط فالطعن متعدد^(٢). وعلى ذلك فطعن المتضامين والمسؤولين بالتزام غير قابل للتجزئة يعتبر طعناً واحداً يجب فيه كفالة واحدة^(٣). وكذلك طعن الضامن والمضمون في الحكم الصادر عليهما في الدعوى الأصلية يكون طعناً واحداً بكفالة واحدة^(٤)، أما إذا تضمن طعناً في الحكم الصادر في دعوى الضمان فطعن الضامن كفالة ثانية^(٥).

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بكفاية كفالة واحدة في الصور الآتية :
(١) إذا تعدد الطاعنون وكان وجه طعنهم واحداً ، ولو كان لكل منهم مصلحة

(١) فإى فقرة ١٩٧ من ٢٢٢ وجارسونيه من ٧١٢ ، وبهامش ٣٠ سلسلة الأحكام الصادرة المؤيدة للقاعدة ، ومنها ن . ف ١٤ يونيو سنة ١٨٨١ (١٨٢ د - ١ - ٥)
و ٣ أغسطس سنة ١٨٩٦ (س ٩٧ - ١ - ٨٥) و ٩ يولييه سنة ١٩١٢ (س ٩١٣ - ١ - ٢٤٥)

والأصل أن الورثة والفرقاء في شركة أو في ملك على الشاع تكون مصالحهم واحدة وإن اختلفت صفاتهم وأقدار أنصبتهم في الارث أو في الشركة أو في الملك الشاع ، ولكن لا مانع من أن تختلف مصالحهم مع ذلك ، ومحكمة النقض هي وحدها صاحبة الرأي فيما إذا كانت لهم مصلحة واحدة جتمهم في رفع الطعن أو لم تكن لهم مصلحة واحدة (كاربنتييه فقرة ٣٢٨ وما بعدها) . ولا يهم في توافر وحدة المصلحة أن يكون حظ كل منهم مساوياً لحظ الآخر فيها مادام جنسها واحداً في حقهم جميعاً (ع . ف ١٨ يناير سنة ١٨٧٦ د ٧٦ - ١ - ٢٤٥ و كاربنتييه فقرة ٣٢٧) . ولا يشترط أن يكون الطاعنون متضامين ، ولا أن يكون الحق المتنازع فيه غير قابل للتجزئة ، بل يكفي أن يكون دفاعهم في الطعن واحداً ، ومصالحهم في كسبه واحدة ، ولو كانت مصلحة كل منهم متباعدة عن مصلحة غيره (ريرتوار دالوز فقرة ٦٢١ وتعليقات دالوز فقرة ١٤٤٩) . انظر تعليقات دالوز من فقرة ١٤٤٥ إلى ١٤٧٦

(٢) جارسونيه من ٧١٢ وبهامش ٢٩ سلسلة الأحكام المؤيدة لهذه القاعدة ون . ف ٤ مايو سنة ١٨٨١ (١٨١ د - ١ - ٤٧١) و ١٨ أكتوبر سنة ١٩٠٥ (س ٩٠٩ - ١ - ١٠١) وتعليقات دالوز من فقرة ١٤٢١ - ١٤٣١
(٣) فإى من ٢٢٣ ون . ف ٢١ مارس سنة ١٨٥٢ (٥٢ د - ١ - ١٠٩)
و ٣ يونيو ١٨٦٧ (د ٦٧ - ١ - ٢٠٥)

(٤) فإى من ٢٢٤

(٥) ن . ف ١١ يونيو سنة ١٨٣٦ (س ٣٦ - ١ - ٨١٧) و كاربنتييه

متميزة عن مصلحة غيره^(١). (٢) إذا تعدد المحجوز لسيهم وطلبوا معاً في دعوى واحدة الحكم بطلان الرافضة في دعاوى تثبيت الحجز المرفوعة عليهم ، ثم طعنوا في الحكم الصادر برفض طلبهم هذا^(٢). (٣) إذا كانت الدعوى دعوى استحقاق وقضى فيها لمصلحة المستحق وكان الذي رفع الطعن هو بائع العقار ومشتريه^(٣). (٤) إذا رفع دائنون متعددون دعوى باسم مدينهم ثم اشتركوا في الطعن في الحكم الصادر عليهم^(٤). (٥) إذا قدم بعض الدائنين المقيمة ديونهم مناقضات في توزيع ثمن المبيع على حسب درجات المدينين وكان لكل منهم في مناقضته وجوه خاصة ، ثم طعنوا في الحكم الصادر عليهم برفض مناقضاتهم ، بطعن واحد وبنوه على سبب واحد تتحد فيه مصالحهم ، كأن يدعوا أنهم أسبق وأولى بالتوزيع من دائن بعينه وزع عليه الثمن دونهم ، أو أن إجراءات التوزيع باطلة قانوناً^(٥).

(١) كاربنتيه فقرة ٣٣٤

(٢) كاربنتيه فقرة ٣٣٨

(٣) كاربنتيه فقرة ٣٤٠

(٤) ٨ فبراير سنة ١٨٨٦ (س ٨٦-١-٣٥١) وكاربنتيه فقرة ٣٥٠ و٣٥١ و ٣٥٢ ويقول كاربنتيه بفقرة ٣٥٤ إن محكمة النقض الفرنسية لا تتعبد في الأخذ بوحدة المصلحة بين الطاعنين المتعدين حتى لا تضطر إلى القضاء بعدم قبول طعونهم لعدم قيامهم بإبداء كفالات متعددة .

(٥) كاربنتيه فقرة ٣٤١ وفيها إشارة إلى حكيم أصدرتها محكمة النقض في ٢٧ فبراير سنة ١٨١٥ و ٣ فبراير سنة ١٨١٩ . وظهر أنه لو كان لأحد الطاعنين في الصورة المبينة في المتن وجه خاص ، لو قبل لنقض الحكم بالنسبة له فقط ، اعتبر طعنه مستقلاً عن الطعن العام ووجب عليه كفالة خاصة .

ولقد سنت محكمة النقض المصرية فرصة لابتداء رأيها في هذا الموضوع فلم تبده ، ولعل ذلك كان رحمة بالطاعنين : فقد كان بالفضية طاعنان ، وكان الحكم الطعون فيه صادراً في مناقضتين في توزيع ثمن عقار على حسب درجات المدينين ، وكان أحدهما بطعن في إجراءات التوزيع وطلب لإبطالها ، وكان الثاني يطلب قبوله في التوزيع بسند رآه فاضى التوزيع أنه لا يعطيه صفة المطالبة بالحق الذي ينتهله لنفسه . فبلى الرغم من مناقشة المحكمة لو كلى الطاعنين في الجلسة فيما إذا كان الطعن يعتبر متمدداً أم غير متمدد ، قضت بقبول الطعن شكلاً وبتنقض الحكم المطعون فيه ، وبإلغاء إجراءات التوزيع كلها هضماً كاملاً (ن . م . م . ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٥٢ ص ١٨٧ والمحاماة س ١٥ رقم ١ ص ٢١٥ ص ٤١٨)

وكذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا تعددت دعاوى التمويض المترتبة على حادث ضار واحد وقضى فيها برفضها جميعاً بناء على سبب عام ذكر في كل حكم ، ثم طعن المحكوم برفض دعاويهم بتقرير واحد بنوه على سبب واحد ، لو قبل لترتب على قبوله نقض الأحكام جميعاً ، فإن الطعن يكون واحداً على الرغم من تعدد الطاعنين وتعدد الأحكام المطعون فيها ^(١) .

تنبيه

وإذا كان القانون لا يسمح — كما رأيت — بقبول التقرير بالطعن إلا إذا أودع الطاعن الكفالة القانونية ، وكان من الجائز أن يسهو قلم الكتاب عن مطالبة الطاعنين — إذا تعددوا — بإيداع كفالات متعددة ، ويترتب على عدم قيامهم بإيداع هذه الكفالات عدم قبول طعونهم جميعاً ، فلي من يشتركون في طعن واحد أن يبينوا في تقرير الطعن وفي سند الإيداع من الذي دفع الكفالة منهم ، حتى تستطيع المحكمة — لو رأيت وجوب تعدد الكفالة — أن تحكم بقبول طعن من دفع وبرفض طعن من لم يدفع ^(٢) .

(١) ن . ف ١٧ أغسطس سنة ١٨٨٠ (٨١ د — ١ — ١٧٦) وفلي ص ٢٢٥ وهامش ٢١ مكرر (ب)

(٢) ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية أنها — في طعن كان مبلغ الكفالة فيه قد أودع باسم فلان وزملائه ، وكان يجب على الطاعنين إيداع كفالات متعددة — قضت بقبول طعن هذا الذي ذكر اسمه في رأس سند الإيداع ، وبعدم قبول طعن الباقيين (ن . ف ٢٠ يونيو سنة ١٨٥٥ س ٥٥ — ١ — ٨٢٣ وكاربنثيه فقرة ٣٦٥ و ٣٦٦ و ٣٦٧) . وفي طعن آخر رفع باسم فلان وباسم آخر عند الاقتضاء ، قضت تلك المحكمة — لوجوب تعدد الكفالة — بقبول طعن الأول وعدم قبول الطعن من الثاني (ن . ف ٢٨ يونيو سنة ١٨٣٧ (س ٣٧ — ١ — ٦٨٩ وكاربنثيه فقرة ٣٦٧) .

والحكم الذي يصدر من محكمة النقض بعدم قبول الطعن لعدم دفع الكفالة لا يجوز عرضه على محكمة النقض رجاء سعيه ، حتى ولو تبين فيما بعد أن الكفالة كانت مدفوعة حقا ودفعت في اليماد (راجع كاربنثيه فقرة ٣٦٨ وحكم ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٨٥ س ٨٨٨ — ١ — ٣٨٠)

الفرع الثاني

في تقرير الطعن

٢٨٨ — في القانون الفرنسي : يرفع الطعن بطلب (une requête) بحره المحامي للقبول أمام محكمة النقض الموكل عن طالب النقض ، يضمه أسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقامتهم والحكم المطعون فيه وتاريخ صدوره وتاريخ إعلانه ، وهل هو حضوري أم غيابي ، ويفصل فيه أسباب الطعن ومضمون ما يزعم تقديمه من المستندات المؤيدة له ، ويختتمه بما يلتبس الحكم به . وبعد توقيعه يقدمه لقم كتاب محكمة النقض ، مصحوباً بالسند الدال على قيام الطاعن بدفع الكفالة بإحدى الخزانة العمومية وبصورة الحكم المطعون فيه التي أعلنت لموكله أو صورة أخرى مطابقة لأصله ، فيقدمه الكاتب المختص — بعد قيده — لدائرة المرائض ، دون أن يخبر به خصوم الطاعن .

وتدل نصوص المواد ١ و ٢ و ٤ و ٧ من الباب الرابع من الكتاب الأول من لأئحة سنة ١٧٣٨ الصادرة بالاجراءات الواجب اتباعها أمام مجلس الملك ، والتي لا يزال العمل بها جارياً للآن ، وما نص عليه في الأمر العالي الصادر في ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ (المادة ٢٨ منه) ، وقانون ٢ بريمور سنة ٤ (المادتان ١٦ و ١٨) ، وقانون ٣٠ فتوز سنة ١٢ — تدل هذه النصوص على أن رفع الطعن بهذه الكيفية ، وإحجاب الطلب بسند إيداع الكفالة وبصورة الحكم المطعون فيه ، هما من الاجراءات الجوهرية التي لا يقبل الطعن بدونها^(١) . ولما أجاز في سنة ١٩٠٨ الطعن في الأحكام التي تصدرها مجالس الصناعات (conseils des prud'hommes) سمح للطاعن أن يقرر الطعن بنفسه في قلم

(١) راجع في تفصيل هذه الاجراءات المادتين ٢ و ٧ من اللائحة المذكورة في ربرتوار دالوز ص ٦ بالهامش وجارسيونه قرة ٤٠٤ و ٤٠٥ وقای قرة ١٩٨ وما بعدها .

كتاب محكمة المصالحات ويرفع الطعن مباشرة — بعد إعلانه للنصوم — للدائرة المدنية بغير كفالة^(١) و^(٢).

٢٨٩ — في القانون المصري : أما في مصر فقد نصت المادة ١٥ على أن : « يحصل الطعن بتقرير في قلم الكتاب بمحكمة النقض يوقعه المحامي المقبول أمامها الموكل عن الطالب . ويشتمل هذا التقرير — علاوة على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقاماتهم — على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وتفصيل الأسباب التي بنى عليها الطعن ، فإن لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلاً »^(٣).

والظاهر من هذا النص أن الشارع لم يرتب البطلان إلا على مخالفة حكم هذه المادة من ناحية وجوب حصول الطعن بتقرير يكتب بقلم كتاب محكمة النقض ويوقعه المحامي المقبول أمامها الموكل عن الطاعن ، ومن حيث اشتغال هذا التقرير على بيان الحكم المطعون فيه وتفصيل الأسباب التي بنى عليها الطعن . أما الإهمال أو القصور أو الخطأ في البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقاماتهم ، فإنه يجب الرجوع في تقرير الجزاء عليه بالبطلان إلى القواعد العامة في فقه المرافعات التي جماعها اعتبار الورقة صحيحة ما أمكن رفع اللبس المترتب على ما وقع فيها من السهو أو القصور أو الإيهام بالرجوع إلى البيانات الأخرى التي اشتمل عليها التقرير والحكم المطعون فيه^(٤).

(١) قانون ١٣ أغسطس سنة ١٩٠٨ (٩٠٨٥ — ٤ — ١٠٢ و ١٠٣)

(٢) ورفع الطعن في بلجيكا بإيناع صحيفته الملئة للنصوم بقلم كتاب محكمة النقض

(راجع المادة ٨ من قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ في سيمونية فقرة ٧٣ و ٧٤)

(٣) والمادة التاسعة والحادية عشرة من القانون البلجيكي الصادر في ٢٥ فبراير سنة

١٩٢٥ تختم على الطاعن ذكر طلباته من قض الحكم كله أو بعضه أو إحالة الدعوى على

محكمة لإحالة وإلزام الخصوم بالمعارف ، بحيث إذا قصر طعنه على جزء من الحكم فإنه لا يكون

له من بعد أن يطعن في جزء آخر لم يطعن فيه (سيمونية فقرة ٦٥)

(٤) جارسونية فقرة ٤٠٥ ص ٧٠٣ وفاي فقرة ٢٠١ ص ٢٢٨ وملحق دالوز فقرة =

وتقرير الطعن هو إشهاد يثبت به كاتب المحكمة أن محامي الطاعن قد حضر أمامه في ساعة كذا من يوم كذا وأشهدته على أنه يظعن في الحكم الصادر في القضية الفلانية بتاريخ كذا وأن أسباب طعنه هي كيت وكيت وأنه يطلب من محكمة النقض أن تحكم له بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه برمته أو فيما قضى به من كذا ثم يوقع كاتب المحكمة ومحامي الطاعن هذا التقرير ثم يختتمه بختم المحكمة .

١ - وجوب تقرير الطعن بقلم كاتب محكمة النقض

٢٩٠ - تقرير الطعن بقلم كاتب محكمة النقض إجراء جوهرى لا يفتى عنه غيره ، فإن رفع الطعن لرئيس المحكمة على صورة عريضة له ، أو بتقرير في قلم كتاب محكمة أخرى ، أو بورقة من أوراق المحضرين تعلن لكاتب المحكمة أو للخصم ، كان الطعن غير مقبول ، وكان للمحكمة أن تحكم بعدم قبوله من تلقاء نفسها تتعلق ذلك بالنظام العام .

وكذلك كتابة الكاتب المختص تقرير الطعن بقلم الكاتب هو إجراء جوهرى لا يفتى عنه أن يحضره الطاعن بنفسه أو محاميه عنه ثم يودعه بقلم الكاتب بعد التأشير منه بوروده .

١٨٤ = ون . ف ٩ يناير سنة ١٨٥٦ (٥٦ - ١ - ١٢) و ٤ أبريل سنة ١٨٨٢
 (٨٣ - ١ - ٤٠٤) ون . م . م ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ ص ٨٤٢)
 رقم ٤١٦ والفائون والاقتصاد س ٣ رقم ٣٥)

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن السهو عن ذكر تاريخ الحكم المطعون فيه في عريضة الطعن لا يبطل الطعن ، إذا كان التاريخ الذى ذكر فيها هو تاريخ حكم تحضيرى لا مصلحة للطاعن في الطعن فيه ، وكانت أسباب الطعن لا تعيب إلا على الحكم القطعى المطعون فيه ، وكان هذا الحكم القطعى هو الذى أرفق بعريضة الطعن (حكم ٣ فبراير سنة ١٨٢٥ وقد أشير إليه في ربرتوار دالوز قرة ٨٧٧)

ب - كون تقرير الطعن يوقعه عام مقبول أمام محكمة النقض موكل عن الطاعن

٢٩١ - قد منع الشارع أن يتولى الخصوم بأنفسهم التقرير بالطعن في الأحكام أمام محكمة النقض ، وأوجب عليهم أن ينيبوا في ذلك من يختارونه من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض . وقد كان طبيعياً أن يضع الشارع نظاماً للمحاماة أمام محكمة النقض فأضاف بمقتضى المادة السادسة من قانون إنشاء هذه المحكمة مادة إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩١٢ هي المادة العاشرة المكررة بين فيها الشروط الواجب توافرها فيمن يجوز قيده باسمه بالجدول الخاص بحامى هذه المحكمة^(١) .

٢٩٢ - ولم يأت قانون محكمة النقض بما يخالف نص المادة ٥٥ من قانون المحاماة لدى الحاكم الأهلية التي أجازت للحكومة أن تنيب عنها من تعينه للرافعة عن مصالحها ، فلها إذن بمقتضى نص هذه المادة أن تنيب عنها في عمل التقارير والحضور أمام محكمة النقض ، من تشاء ، ولو لم يكن من المحامين المقبولين أمامها^(٢) .

(١) ونظراً لأهمية هذا الإجراء قد مد الشارع مباد رفع الطعن (المنصوص عليه في المادة ١٤) إلى ثلاثين يوماً بعد نشر جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض بالجريدة الرسمية ، وجوز لمحكمة النقض (منقذة بهيئة جمعية عمومية) أن تدخل على الإجراءات المنصوص عليها التعديلات التي تراها لازمة لحسن سير العدالة (المادة ٤٧) . ولذلك اجتمعت هذه الجمعية العمومية في ٢٠ مايو سنة ١٩٣١ وقررت أن يكون لكل عام مقبول لدى محكمة الاستئناف الحق في عمل تقارير الطعن في المواد المدنية ، وذلك إلى أن ينشر الجدول المشار إليه في المادة العاشرة المكررة التي أضيفت إلى قانون المحاماة لدى الحاكم الأهلية ويغضى ثلاثون يوماً بعد نشره حتى يصل عمله إلى الكفاية ، وإذ ذلك لا يقبل للعمل إلا المحامون المقبولون لدى محكمة النقض . وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٣١ قررت هذه الجمعية أربعة وثماني من المحامين ودونت أسماءهم بالجدول الخاص بالمقبولين أمام محكمة النقض ، وأمرت بنشره بالجريدة الرسمية ليكونوا م وحدهم المقبولين أمامها ، وليشتغلوا بالعمل بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ هذا النشر (راجع مدخل الكتاب فقرة ٤٦ و ٤٧)

(٢) ن . م . م . ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٣٥٩ من ٧١٣ والفانون والاقتصاد س ٣ رقم ٣٢ ص ٢١ ومج س ٣٣ رقم ١١٠ ص ٢١٠)

٢٩٣ - والدفع بأن المحامي الذى وقع تقرير الطعن ليس من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض يتعلق بالنظام العام ، فيصح إيدأؤه بالجلسة ويجوز للمحكمة أن تثيره وتحكم فيه من تلقاء نفسها . أما الدفع بأن المحامي المقبول أمام محكمة النقض لا توكل لديه عن الطاعن ، فانه ليس من النظام العام ، ويجب على من أراد التمسك به أن يتمسك به فى مذكرته التى يقدمها للمحكمة بدفاعة^(١) .

ج - مشتملات تقرير الطعن

٢٩٤ - يبارء الحكم المطعون فيه وتاريخه : وبيان الحكم للطعون فيه من أهم البيانات التى يجب أن يشملها التقرير ، فعلى الطاعن أن يذكر فى التقرير ما الحكم المطعون فيه وما تاريخه والمحكمة التى أصدرته . على أن الخطأ فى التاريخ أو فى اسم المحكمة لا يترتب عليه بطلان الطعن ، إذا سهل استدراك الخطأ ورفع اللبس بما جاء بشأنه فى التقرير أو بالرجوع إلى صورة الحكم المقدمة^(٢) . وقد اعتاد قلم الكتاب أن يذكر إن كان الحكم قد أعلن أو لم يعلن وتاريخ إعلانه إن كان قد أعلن ، وهل هو حضورى أو غيابي ، ثم يذكر نص الحكم الابتدائي إن كان الحكم المطعون فيه مؤيداً له .

٢٩٥ - تفصيل أسباب الطعن فى التقرير : أسباب الطعن هى وجوهه التى يبنى عليها ، أو هى ما يعاب به على الحكم المطعون فيه من أنواع مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ومن بطلان جوهرى وقع فى الحكم أو فى الإجراءات . وللراد بتفصيل الأسباب فى التقرير ذكرها واحداً واحداً بنوع من البيان يحددها ويعرفها ويحصيها ويكشف عن المقصود منها ويبعد عنها الغرر والجهالة ويمكن

(١) ن . م . م ١٧ أبريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨٤ س ٩٧٢)
والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٤٣ س ٣١)

(٢) جارسونه فقرة ٤٠٥ وقاى ٢٠٢

المدعى عليه من تحضير دفاعه منذ إعلانه بصورة من تقرير الطعن^(١). أما شرحها الشرح الكافي فقد أوجبه القانون على الطاعن في ميعاد معين وبكيفية مخصوصة على ما ستعرف تفصيله .

وذكر أسباب الطعن مفصلة في التقرير هو الذي يحدد الطعن ويعرف ما الذي طعن فيه من الحكم ولم طعن ، وما الذي يرمى إليه الطاعن وهل يشمل طعنه الحكم

(١) جارسونية ص ٧٠٥ وحامش ١٦ و ع . ف ١٥ ديسمبر سنة ١٨١٨ (ربرتوار دالوزقرة ٨٠٩) ون . ف ٢٥ يونيو سنة ١٩٠١ (د ٩٠١ — ١ — ٥٤٩) ويقول جارسونية إن الأسباب يجب أن تكون خاصة ومتعلقة مباشرة بصورة الدعوى :

« Les motifs doivent être spéciaux et directement applicables à l'espèce »

وانظر سيمونية ص ٨٢ وراجع ن . م . م ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ (المحاماة ص ١٣ رقم ٤٢٤ ص ٨٥٨ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٩٥ ص ٨١) . وفي قضية أخرى كان مبنى الطعن فيها أن « الحكم لم يبحث الدفوع التي عرمت على المحكمة » قضت محكمة النقض بعدم قبول هذا الوجه وقالت « إن المراد تفصيل الأسباب هو البيان المحدد للسبب تحديداً يتسرمه للطعن أن يغم الموضوع الواقع فيه الخطأ القانوني والقواعد القانونية التي خولفت فحوت مخالفتها إلى هذا الخطأ » . ثم قالت « إنه على فرض إمكان اعتبار الوارد بالتقرير تحديداً لنوع الأسباب التي يراد بها الاعتماد عليها ، هذا التحديد النوعي الذي لا يمكن التسليم بأنه هو مراد الشارع بالمادة (١٥) فإن المذكورة التي قدمها الطاعن لم يخرج فيها عن هذا التحديد النوعي العام ، ولم يبين الوقائع الخاصة التي يستند عليها في القول بمخالفة القانون ... » ثم قالت « وحيث إن الطاعن يستند في البيان التحديدي على مذكرة قدمها ضمن مستنداته يقول إنه قدمها لمحكمة الاستئناف ويطلب من محكمة النقض أن تقرأها وتعارضها بالحكم المطعون فيه لتستخرج منها تفصيل الدفوع التي لم تنظر فيها محكمة الاستئناف ، ولتستخرج منها كذلك بيان الأوراق التي تناقض ماورد بالحكم المطعون فيه . وحيث إن السندات إنما تقدم لمحكمة النقض لتكون دليلاً على أسباب الطعن ، بما ياتى بياناً صريحاً ، لا لتكون مصدراً تستخرج منه هذه المحكمة تشمها وجه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون ، فما يذهب إليه الطاعن فيما تقدم غير واجب على محكمة النقض ، ولا مقبول منه » (ن . م . م ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ص ١٥ ص ١) . وقالت في حكم آخر أصدرته في ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ « إن المادة ١٥ من قانون إنشاء محكمة النقض توجب تفصيل أسباب الطعن في التقرير (articulations précises des moyens) فيجب أن يكون كل سبب يراد التحدى به مذكوراً في هذا التقرير ذكر استقلالياً بكيفية دقيقة بحيث يتيسر للطعن عليه أن يدرك لأول وهلة موطن مخالفة الحكم القانوني أو خطئه في تطبيقه أو في تأويله أو موطن البطلان الجوهرى الذي وقع فيه ، أو موطن بطلان الإجراءات الذي يكون أثر فيه . وكل طعن لا يكون على هذا الوجه التفصيلي الدقيق يكون باطلاً » (المحاماة ص ١٦ رقم ١٠ ص ٢٦)

برمته أم أن المقصود بالظمن إنما هو جزء خاص معين منه ، وما هي طلباته من محكمة
النقض وهل يطلب نقض الحكم كله أم أنه لا يطلب إلا نقض جزء منه .

ولما كان لا يترتب على مجرد الظمن نقل القضية برمتها إلى محكمة النقض لتتولى
هي بحثها لمعرفة ما عسى أن يكون قد وقع في الحكم من بطلان أو مخالفة للقانون ،
وكانت محكمة النقض لا تتصل بالظمن إلا من تلك الوجوه التي بنى عليها ، رأى
الشارع أن يوجب على الطاعن ذكر أسباب الظمن وتفصيلها منذ افتتاح قضية
الظمن وأن يندر إليه أنه لا يستطيع التمسك من بعد بأسباب أخرى ^(١) ، إلا
أن تكون أسباباً تتعلق بالنظام العام فيجوز له التمسك بها بل يجوز للمحكمة أن
تأخذ بها من تلقاء نفسها .

وعلى ذلك فإذا اقتصر الطاعن على مجرد القول بمخالفة الحكم للقانون أو للقضاء
الثابت أو لقانون التسجيل أو لأحكام قانون نزع الملكية أو للذكرات والمستندات
المقدمة في الدعوى ، كان الظمن غير مقبول ، ولو قام بعد ذلك ببيان الأسباب وشرحها
في المذكرة الكتابية التي يقدمها أثناء تحضير الظمن وتحقيقه ، لأن هذا التفصيل ابتداء
مطلوب على جهة الوجوب تحديداً للظمن وتعريفاً لوجوهه منذ افتتاح الخصومة .

على أنه مادام على الطاعن شرح ما فصله في تقريره من الأسباب بمذكرة
كتابية يقوم بتقديمها من بعد ، فإنه إذا اكتفى في تفصيل الأسباب ببيان موجز
مفيد يخرجها عن الإبهام ويبعدها عن الجهالة الفاحشة وعن صلاحيتها لأن تكتب
في كل ظمن فإنه يكون قد حقق غرض القانون من تحديد الظمن والتعريف
بوجوهه وبالمقصود منه ^(٢) .

(١) ن . م . م . ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ (مج س ٣٣ رقم ٥٩)

(٢) فائ ص ٢٣٠ فقرة ٢٠٣ وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بقبول ظمن اقتصر
الطاعن فيه على ذكر النص القانوني الذي يزعم أن الحكم للظمن فيه قد خالفه بغير بيان لوجه
خلافه مخالفة (ج . ف ١٣ نوفمبر سنة ١٨٤٤ د ٤٥ د ٤—٦٣ وقد أشير إليه في ربرتوار
دالوز فقرة ٩١٤)

وليس من المحتم على الطاعن أن يذكر في تقرير الطعن نص القانون الذي يدعى هو مخالفة الحكم إياه أو خطأه في تطبيقه أو في تأويله ، لأن القانون لم يوجب عليه إلا تفصيل الأسباب ، وقد يجوز أن يقع التفصيل بغير إيراد النصوص القانونية ويكون مع ذلك مفهوماً واضحاً وافياً بالفرض . وقد قضت بذلك محكمتنا قلات : إن القانون لم يحتم على الطاعن إيراد نص القانون المزعومة مخالفته أو وقوع الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ولم يرتب جزاءاً ما على خلو التقرير من هذا النص ^(١) .

والشارع في إيجابه تفصيل الأسباب في تقرير الطعن لم يأخذ بقواعد التيسير التي أخذ بها في باب الاستئناف حيث أبيع للمستأنف أن يتسكك أمام المحكمة بأسباب أخرى غير التي ذكرها في صحيفة استئنافه ، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية مانصه : « إن التيسير الذي أتت به المادة ٣٦٩ من قانون المرافعات ^(٢) من حيث إجازتها للمستأنف التمسك بأسباب غير التي ذكرها في عريضة استئنافه يبرره أن المحكمة الاستئنافية هي محكمة ثانية درجة فقط ، وقد يجوز أن يكون المستأنف لم يتبها له — في الميعاد الذي حدده القانون لإعلان عريضة استئنافه — الوقت الكافي لاستدراك كل أسباب الاستئناف ؛ أما في النقص فلا يمكن القول

(١) ن . م . م . ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ (الحاماة س ١٣ رقم ٤٢٤ ص ٨٥٨ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٥ ص ٨١)

أما في الفقه الفرنسي فذكر نص القانون الذي خالفه الحكم المطعون فيه واجب وجزاء عدم ذكره عدم قبول الطعن (راجع تطبيقات دالوز بقرة ١٦٤٩ وجارسيوني ص ٧٠٤ وهامش ١٢) وهو واجب أيضاً في القانون البلجيكي (سيموني بقرة ٨٠ وهوامشها) وما أورده بقرة ٧٩ أن محكمة النقض البلجيكية قضت بعدم قبول وجه الطعن الذي اكتفى فيه بالقول بمخالفة الحكم لقانون النقد وحجية الأوراق بغير ذكر لنص المادة ١١٣٤ من القانون المدني (ن . ب ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ باسكريزي — ١ — ١٧٥)

(٢) إن هذا التيسير مسلم به في مصر فقهاً وقضاء ، أما المادة ٣٦٩ مرافعات فالحق أنها لا تصلح للاستدلال على هذا التيسير ، لأن المقصود بها هو النص على جواز إبداء وسائل الدفاع الجديدة التي لم تكن قد أبدت أمام محكمة الدرجة الأولى ، بخلاف الطلبات الجديدة التي نصت المادة ٣٩٥ على عدم جواز تقديمها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية .

بأن الخصم الذي يرى رفع نقض عن الحكم الاستثنائي لا يعرف في الوقت الذي يرفع فيه النقض الأسباب التي يريد التمسك بها للطعن في ذلك الحكم ، فلاجل تمكنه من رفع النقض ضده وتمكين النيابة العمومية من درس القضية باعتناء (والأول مطالب بذفع النقض ، ويجوز أن يكون النيابة وجوه لدفعه أيضاً) يجب أن تكون الأسباب التي يبنى رافع النقض طعنه عليها معروفة قبل الجلسة وأن يكون قد شرعها وقدم عنها تفصيلاً دقيقاً » .

ومذهب القانون المصري في عدم جواز التمسك بنفي الأسباب المفصلة في تقرير الطعن^(١) يخالف ما ذهب إليه القانون الفرنسي من الترخيص لرافع النقض بالتمسك في أثناء المرافعات الحضورية بأسباب غير التي فصلها في عريضته . ويصرح شارعنا في المذكرة الإيضاحية — بعد تلخيصه مذهب القانون الفرنسي — « أنه غير راغب في هذا الترخيص لأنه يتشبه هناك مع ما ذهب إليه هذا القانون من تحقيق الطعن في مرحلتين أمام دائرة الرافض وأمام الدائرة المدنية ، ولا يمكن تمثيته مع مذهب القانون المصري الذي اكتفى بتقديم القضية مباشرة إلى الدائرة المدنية » .

الفرع الثالث

في إعلان الطعن للخصوم

٢٩٦ — في القانون الفرنسي : لا يعلن الطعن للخصم بمجرد تقديم عريضته لقلم الكتاب ، بل يجري تحقيقه أمام دائرة الرافض^(٢) la chambre

(١) مذهب القانون البلجيكي موافق لمذهب القانون المصري (سيمونييه فقرة ٨١ ص ٨٥)
(٢) ولا يعرض الطعن على الخصم في هذه المرحلة ، ولكن لمحاميه أن يستعلم عن كنهه وما يتم في شأنه من الكتاب المختص ، ويسمح له بأن يقدم ملحوظاته المؤيدة للحكم للطعون فيه للمستشار المقرر ، بصفة غير رسمية (نفاي فقرة ٢٠٧ ص ٢٣٥ و ٢٣٦) ويقال عندئذ إن المحامي قد « وقف موقف المراقبة s'inscrire en surveillance » (جايبوت فقرة ١١٤٤)

des requêtes بإجراءات معينة تسبق إجراءات إعلانه وتحقيقه أمام الدائرة المدنية . ففى قدم محامى الطاعن قلم الكتاب عريضة الطعن والسند المثبت لدفع الكفالة وصورة الحكم المطعون فيه العلنة له أو المطابقة لأصله ، قيدها الكاتب المختص بالسجل المد لئلك (المواد من ٧ لغاية ٢١ من الأمر العالى الصادر فى ١٨٢٦) ، ولحامى الطاعن — فى ميعاد شهر أو شهرين (حسبما تكون القضية مستعجلة أو غير مستعجلة) من تاريخ هذا القيد — أن يقدم قلم الكتاب مذكرة كتابية يشرح فيها الطعن وأسبابه (وقد اصطلح على تسميتها (*mémoire ampliatif*) وصورة أخرى من الحكم للطعون فيه واضحة الخط تسمى عندهم « الصورة المقررة *la copie lisible* » والمستندات المؤيدة للطعن (المادة ١١ من الأمر العالى المتقدم الذكر) . ومتى انقضى هذا الميعاد (ويجوز لرئيس المحكمة أن يعطى محامى الطاعن مهلة أخرى بناء على طلب يقدمه له كتابة) أشر الكاتب المختص على ملف الطعن بأقضائه ، وتعتبر القضية من هذا التاريخ صالحة للمرض على دائرة المرائض « en état » .

وبعد ذلك يعرض الطعن على رئيس المحكمة فيعين أحد المستشارين^(١) بدائرة المرائض لدرسه وتقديم تقرير كتابى عنه قلم الكتاب ، ثم يبلغ الطعن للنيابة فيندب النائب العام أحد الأفوكاتية العموميين لدرسه وتقديم مذكرة بأقوال النيابة فيه . وبعد ذلك يحدد الرئيس جلسة نظر الطعن أمام دائرة

(١) المواد ١٣ إلى ١٦ من الأمر الصادر فى سنة ١٨٢٦ تنظم كيفية اختيار المستشارين وتحدد الواجبات عليهم فيها تقديم التقارير فى الطعون . والمواد ٢٢ إلى ٢٤ منه تنظم كيفية تبلغ تقارير المستشارين إلى النائب العام . ويقول قاضى : إن تحرير الستشار لا يلقى على ملف القضية بل يبقى به باعتباره ورقة خاصة بالمستشار لا يطلع عليها أحد ولا تمل صور منه (قرة ٢٠٨ من ٢٣٦) . وتنص المادة ١٩ من الأمر العالى الصادر فى ٢ برمحور سنة ٤ على منع المستشار المقرر من إبداء رأيه فى التقرير . ويقول قاضى إن العرف جرى مع ذلك أمام دائرة المرائض بأن يبين المستشار الأوجه القانونية التى يمكن بها البتاع عن الحكم المطعون فيه ، وعلى الأخص ما يمكن أن يقام عليه من التوجيهات القانونية ، إذا صح منطوقه وكان الخطأ واقعاً فى بعض أسبابه (ص ١٣٧)

العرائض ، وفي هذه الجلسة يقرأ المستشار المقرر تقريره ، ثم يبدى كل من محامى الطاعن والأفوكاتو العمومى أقواله ، ثم تحكم المحكمة برفض الطعن إذا لم تره يستحق العرض على الدائرة المدنية ، أو تقرر جواز عرضه على هذه الدائرة لتفصل فيه بما تراه ^(١) . والأحكام الصادرة برفض الطعون هي التي يجب تسببها ، والمستشار المقرر هو الذى يحجر أسبابها بخطه على أصل عريضة الطعن ثم يمضيها ويمضيها معه رئيس الجلسة وكتبتها ^(٢) . وفي هذه الإجراءات أمام دائرة العرائض لا يحضر المدعى عليه لا بقلم الكتاب ولا بالجلسة ، وإنما يبدأ حضوره حين يعلن له القرار الصادر من دائرة العرائض بالسماح بعرض الطعن على الدائرة المدنية .

٢٩٧ - في القانون المصرى : هذه المرحلة التي يسير فيها الطعن أمام دائرة العرائض لم ير الشارع المصرى محلها عندنا ^(٣) ، ولذلك أوجب على الطاعن بنص المادة ١٧ أن يعلن طعنه مباشرة لخصمه .

والفهم من هذا النص أن الذى يجب إعلانه هو صورة كاملة من تقرير الطعن ، مطابقة لأصله . وقد جرى العمل على أن يسحب محامى الطاعن صورة رسمية من هذا التقرير ثم يحجر عليها صيغة الإعلان ويرفقها بعدد من الصور بقدر عدد من يريد إعلانهم ويسلمها جميعاً لقلم المحضرين ، فإذا ماتم الإعلان تسلم الأصل مؤشراً عليه من المحضر ومن سلمت الصور لهم ، على الوجه المروف بإعلان أوراق المحضرين .

فلا يصح إذن إخبار الخصوم بمحصول الطعن وإحالتهم على قلم الكتاب للعلم بتفاصيله وأسبابه ، لأن الشارع قد قصد من إعلان الطعن للخصوم أن يكون تحت يد كل منهم صورة تامة من ورقة افتتاح الطعن يتعرف منها كنهه وموضوعه وأسبابه ليعد دفاعه ومستنداته .

- (١) ويسمى قرار دائرة العرائض « arrêt d'admission ou de soit communiqué » .
وهذا القرار لا يقيد الدائرة المدنية ، ولذلك جرى العمل على عدم تدوين أسباب له .
(٢) المادة ٤١ من الأمر الصادر في سنة ١٨٢٦ (فائى فقرة ٢١٢ من ٢٤٥)
(٣) راجع ماقلناه في الاستثناء عن نظام دائرة العرائض في مصر رقم ٣٨ من ٥٠ - ٥١ .

١ - بناء على طلب من يكون إعلان الطعن ولمن يعلن ؟

٢٩٨ - إن إعلان الطعن هو واجب شخصي على كل من قرر الطعن وأراد السير فيه ، لا واجب كفاية على جماعة الطاعنين إذا قام به أحدهم سقط عن الباقيين . وكذلك يجب أن يقع الإعلان لجميع من وجه الطعن إليهم من سبق له ذكر أسمائهم في تقرير الطعن ، فإن كان قد اكتفى بذكر اسم أحدهم ثم عطف عليه عبارة (ومن معه) فالعبرة في معرفتهم بما جاء بالحكم المطعون فيه بياناً لأسمائهم وصفاتهم . على أن إجراء الإعلان لبعض الخصوم لا يدل في ذاته على تنازل الطاعن عن حقه في إعلان الباقيين ، بل يبقى على حقه في إعلانهم باعلان مستقل إلى أن ينقضى اليبعاد الواجب إجراء الإعلان فيه فيسقط حقه في اختصاصهم ^(١) .

ب - كيف يحصل إعلان الطعن ؟

٢٩٩ - نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون على أن إعلان التقرير للخصوم « يكون بورقة من أوراق المحضرين وبالأوضاع العادية » . ويشير هذا النص إلى وجوب ذكر اليوم والساعة وأسماء طرفي الخصوم ومحال إقامتهم ... إلى غير ذلك من البيانات الواجب اشتغال كل ورقة من أوراق المحضرين عليها طبقاً لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات ، ثم إلى وجوب الإعلان لنفس الخصم أو لمحله الأصلي والتأشير على الأصل والصورة بما يفيد الإعلان والتوقيع عليهما من المحضر ومن تسلّم الإعلان على نحو ما جاء بالمادة السادسة وما بعدها من قانون المرافعات .

وإذ لا يتسع هذا المؤلف لتبيين أهمية هذه البيانات وتلك الإجراءات واحداً واحداً ولا لعرض ما يعتور الإعلان من النقص أو الخطأ في كل إجراء منها وما

(١) فاققرة ٢١٦ من ٢٤٥ - ٢٤٦ ون . ف ٢٦ يونيه سنة ١٨٩٥

يكون له من أثر في صحة الإعلان وعدم صحته ، فلا مناص من الإحالة فيه على كتب قه المرافعات ومجموعات الأحكام . والذي يهمننا ذكره في هذا المقام هو لفت النظر إلى أن هذا الاعلان ينبغي أن يحرر على الصورة الرسمية التي أخذها الطاعن من تقرير الطعن ، حتى يكون بيد كل خصم صورة كاملة من هذا التقرير وذلك الاعلان^(١) ، ولفته كذلك إلى أن العبرة في صحة الورقة وعدم صحتها إنما هي بما ورد في الصورة الملونة ، وأن جميع البيانات الواردة في هذه الصورة يختم بعضها بعضاً في رفع ما يقع من اللبس أو القصور أو الخطأ^(٢) . وليس من الضروري أن تتضمن ورقة الاعلان تكليف الخصم بالحضور لقلم الكتاب لتقديم مستنداته ومذكرة دفاعه في الميعاد المحدد له قانوناً ، فهذا التكليف واقع بقوة القانون ، ذكر في الورقة أو لم يذكر^(٣) .

وإعلان الطعن يجب أن يقع لنفس الخصم أو لمحله ، كما يقضى بذلك نص المادة السادسة من قانون المرافعات . وإذا كان الطعن لا يستبرأ استمراراً للخصومة التي صدر فيها الحكم الطعون فيه ، فلا يصح إذن إعلان الطعن في الحل المختار أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف^(٤) ، وإنما يصح في الحل المختار

(١) وقد دفع أمام محكمتنا بعدم قبول طعن ، أعلن في الميعاد ، لأن صورته الملونة للخصوم لم يكن وارداً بها تاريخ التقرير بالطعن بقلم الكتاب ، فرفضت المحكمة هذا الدفع وقالت في أسباب حكمها : إن البطلان الذي ترتبه المادة ١٧ من نص على عدم حصول الاعلان للخصم في الحجة عمر يوماً التالية ليوم حصول التقرير بالطعن في قلم الكتاب ، وهو الحكم الجوهري الموقوت تلك المادة لبيان . فكلما تحقق في الواقع أن هذا الاعلان قد وصل فلا للخصم في الميعاد فالطعن صحيح شكلاً ... ثم قالت : والواقع في هذه المادة أن الاعلان حصل بعد تاريخ التقرير بسة أيام ، ولكن هذا الاعلان مع استيفاء أصله وصورة الملونة لكافة البيانات الواجب ذكرها في أوراق الخصمين قد وقع في صورته سهو عن ذكر تاريخ التقرير بقلم الكتاب ... وهذا السهو لا شأن له بالحكم الوارد بالمادة ١٧ ويكون الطعن إذن لا شك في صحته من هذه الجهة (ن . م . م . ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٦ ص ٣٤ والحاماة س ١٦ رقم ٢٠٧ ص ٤٧٧)

(٢) ن . ف . ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ (مشار إليه في قاي ص ٢٤٦ هامش ٧)
وشويفن ص ٣٤٠

(٣) كاربنتيه فقرة ١٠٦٣

(٤) قاي ص ٢٤٧ وهامش ١٤

لإعلان الأوراق أمام محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض البلجيكية بأنه عند الشك يحمل الحل المختار المبين في ورقة إعلان الحكم للطعون فيه على أنه الحل المختار فقط لما عسى أن يرفع من الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الحكم^(١) . وفي قضية — كان محامي الدعي عليه قد دفع فيها ببطلان الاعلان الحاصل بمكتبه باعتباره الحل المختار لموكله — حكمت محكمة النقض المصرية برفض هذا الدفع وبصححة الاعلان ، إذ تبين لها أن هذا المحامي هو الذي قام لموكله بإعلان الحكم للطعون فيه للطاعن واتخذ مكتبه محلا مختارا لموكله ، وأنه هو الذي تسلّم من المحضر ورقة الاعلان ، ثم حضر عن موكله أمام محكمة النقض^(٢) .

ج - ميعاد إعلان الطعن للخصوم

٣٠٠ - إن الميعاد الذي يجب فيه على الطاعن إعلان الحكم الصادر من دائرة الرأئس (في القانون الفرنسي) هو شهران كاملان يتبدآن من تاريخ صدور هذا الحكم (المادتان الثانية والتاسعة من قانون ٢ يونيو ١٨٦٢) . ولا يزداد عندم على هذا الميعاد ميعاد مسافة المقيمين بالقارة ، أما غير المقيمين بها فتزاد لهم المواعيد اللينة بالمادتين الخامسة والسادسة من هذا القانون^(٣) و^(٤) .

(١) سيمونه من ١٠٣ ون ب ١٢ فبراير سنة ١٨٥٧ (باسكرزى — ١ — ١٠٨)
 (٢) ن م م ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ (الحاماة س ١٢ رقم ٤١٦ ص ٨٤٢ ومج س ٣٣ رقم ١٣٥) ون م م ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ (الحاماة س ١٢ ص ٨٤٤ رقم ٤٨١) وقد جاء به أن قضاء محكمة النقض جرى على اعتبار إعلان الطعن في الحل المين صحيحاً ، إذا كان قد أغفل بيان الحل الأصلي في ورقة إعلان الحكم للطعون فيه ، لا في ذلك من الدلالة على رغبة الطعن للحكم في قيام الحل المين مقام محله الشخصي لئلا له فيه جميع الأوراق الخاصة به ، وذلك فضلاً عن أن البطلان الترتب على عدم الاعلان في الحل الأصلي غير متعلق بالنظام العام ويمكن لزواله قبول الاعلان في الحل المختار — وانظر مثل الحكم الأول حكى محكمة النقض البلجيكية في ٢ نوفمبر سنة ١٩١١ (باسكرزى — ١ — ٥٤٢) و ٢ يونيو سنة ١٩٢٧ (باسكرزى — ١ — ٢٥٠) وقد استشهد بهما سيمونه من ١٠٣

(٣) ثاني من ٢٤٧

(٤) كان هذا الميعاد شهراً في بلجيكا ، وقد قضت محكمة النقض البلجيكية بأن هنا

أما عندنا في مصر فالميعاد خمسة عشر يوماً من تاريخ التقرير بالظن ، فلا يحسب منه يوم التقرير بقلم الكتاب (المادة ١٧) . وليس هذا الميعاد كاملاً ولذلك يجب حصول الاعلان في اليوم الأخير . منه على الأكثر ، ولكنه يمتد بالضرورة لليوم التالي إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة ^(١) . وهو يجري في حق جميع الناس ، سواء كانوا قصراً أو غائبين أو محجوراً عليهم أو مفلسين ، فإن على من يمثل هؤلاء قانوناً أن يقوم هو بالاعلان في الميعاد .

ويزاد على هذا الميعاد ميعاد مسافة بين محل محكمة النقض التي حصل بقلم كتابها تقرير الظن وبين محل من يراد إعلان هذا التقرير له من الخصوم . ذلك لأن ميعاد إعلان الظن هو — في الواقع — تمة الميعاد الذي حدده القانون لرفع الظن ، إذ إعلان الحكم للظنون فيه يتضمن في واقع الأمر تنبيه من يعلن له إلى إجراء الظن لو أراد وتكليفه بالحضور لقلم الكتاب في شخص المحامي الذي يختاره ليقرر الظن نيابة عنه ، فهو في شخص محاميه مضطر للحضور بالقاهرة حيث توجد محكمة النقض ، ثم للانتقال (بواسطة المحضر) إلى محال إقامة خصومه ليعلن لكل منهم صورة من تقرير الظن . وما دمتنا قد زدنا للطاعن ميعاد مسافة في المرحلة الأولى ، لحقه في زيادة ميعاد آخر في هذه المرحلة الثانية مما لا شبهة فيه ^(٢) .

== الميعاد غير كامل (كما هو عندنا) ولم تأخذ في ذلك بنص المادة الخامسة من الباب الأول من القسم الأول من لائحة ١٧٣٨ التي اعتبرت جميع المواعيد الواردة بها مواعيد كاملة (ن . ب ٢ مايو سنة ١٨٧٣ ، شوفين ص ٣٣٧) . ولما عدل قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ إجراءات رفع الظن ، وصار يرفع بصحيفة تعلن للنقض جل الميعاد واحداً ، وقدر زمنه بثلاثة أشهر من تاريخ إعلان الحكم للظنون فيه ، ونص على أن الميعاد كامل (سيمونييه فقرة ٣٥) (١) يمتد الميعاد لتلك في فرنسا (ملحق دالوز فقرة ٢٣١) ولكن قضت محكمة النقض البلجيكية بعدم امتداده للعطلة (راجع شوفين ص ٣٣٧ وسيمونييه ص ٤١ وهامش ٢) .

(٢) ن . م . م . ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد ص ٥ رقم ٨ ص ١٨ والحاماة ص ١٥ ق ١ ص ١٦٥) . وقد جاءت المادة الخامسة من القانون البلجيكي الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ بالنص على ذلك ، وعلى أن الميعاد لا يتجدي في حق ورة الطاعن إلا من يوم إعلان الحكم للورة (سيمونييه فقرة ٤٠)

وكما قلنا من قبل إن وفاة الطاعن توقف ميعاد رفع الطعن ، كذلك تقول الآن إن هذه الوفاة توقف ميعاد إعلان الطعن للمخضوم ، فعلة وقف الميعاد واحدة في الأمرين ، وقد سبق الإلماع إليها في الفصل المقتود لميعاد الطعن في الأحكام . أما موت من يجب إعلان الطعن بالطنن فلا يوقف الميعاد على الطاعن ، لأنه يجب على كل مدع وطاعن أن يراقب ما يطرأ على خصومه من وفاة أو تغير في الصفة قبل اختصاصهم وإعلانهم ليعلم من يصح اختصاصه قانوناً بصفته التي يجب أن يتصف بها^(١) . فإن وجد الطاعن أن خصمه قد توفي أو بلغ الرشد أو رفع عنه الحجر كان عليه إعلان الورثة في الصورة الأولى ، أو من بلغ الرشد أو رفع الحجر عنه في صورتين الثانية والثالثة . على أنه بالنظر إلى قصر ميعاد الإعلان واحتمال أن لا يبلغ الطاعن خبر موت خصمه ، فقد رأى المستشار فأى أن يكون لحكمة النقض ألا تعلق على الطاعن ميعاد إعلان الطعن وأن تقبل عذره إذا وقع هذا الإعلان للورثة بعد انقضاء الميعاد ، وكان للطاعن في هذا التأخير^(٢) عذر مقبول .

د — ما يترتب على مخالفة هذه الإجراءات

٣٠١ — إن عدم قيام الطاعن بإعلان الطعن لخصمه بورقة من أوراق المخضرين وبالأوضاع العادية يبطل الطعن بطلاناً جوهرياً ، ولحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها . أما ما تكون قد اشتمت عليه ورقة الإعلان من أوجه البطلان باعتبارها ورقة من أوراق المخضرين ، فإن التمسك به يزول إذا لم يبدع المدعى عليه في مذكرة دفاعه قبل الرد على أسباب الطعن^(٣) . فإذا ناقش

(١) فأى ص ٢٤٤ وسيبويهقرة ٤٠ ص ٤٤

(٢) فأى ص ٢٤٥ وراجع في تقرير وقف هذا الميعاد في الأحوال التمهيرية تعليقات دالوزقرة ٤٧٤٥ إلى ٤٧٥٥

(٣) جارسونية ص ٧٣٣ و ص ٧٣٤ هامش ٣٧ وفأى ص ٢٤٨ وهامش ١٦ ون . ف ١٢ مارس سنة ١٩٢٨ (دالوز الأسبوعية ١٩٢٨ رقم ٣٠٥)

هذه الأسباب فإنه لا يكون له أن يبدى في مذكرة الرد أوجه البطلان التي يترأى له التمسك بها .

وكذلك قدرتب الشارع البطلان على عدم إعلان الطعن في ميعاده إلى من يجب إعلانهم به (للادة ١٧) . بل إن سقوط الحق في الطعن بفوات ميعاد الإعلان هو من النظام العام ، فيكون لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها ^(١) .

وينبني في التقرير بوقوع اعلان الطعن صحيحاً في ميعاده أو بعدم وقوعه كذلك مراعاة أن آثار إعلان الطعن كأثار الطعن نفسه هي نسبة بين من قام بالإعلان ومن حصل له الإعلان — وعلى ذلك إذا تعدد الطاعنون أو تمدد المدعى عليهم في الطعن وجب أن يقع الإعلان بناء على طلب الأولين لكل من الآخرين في الميعاد ، فإن حصل الإعلان في الميعاد بناء على طلب بعض الطاعنين فقط سقط حق الباقيين في الطعن إذا وقع الإعلان منهم بعد انقضاء الميعاد . وكذلك إذا صح إعلان بعض المدعى عليهم في الميعاد ولم يصح إعلان الباقيين فيه سقط الطعن في حق هؤلاء وصح في حق الأولين . وقد ينشأ من قبل أنهم يستفيدون من ذلك في حالات التضامن وعدم التجزئة والضمان .

الفرع الرابع

في تحضير الطعن وتحقيقه بقلم الكتاب

٣٠٢ — في القانون الفرنسي : تبتدى إجراءات تحضير الطعن بين طرفي الخصوم منذ إعلان الحكم الصادر من دائرة المرائض بتقديم الطعن إلى الدائرة المدنية ، فيكون على محامى الطاعن أن يودع بإحدى خزائن الدولة كفاًلة

(١) تيسيه ص ١٠٠ وهامش ٤ وهول محكمة النقض البلجيكية إذ ما دامت محكمة النقض قد أنشئت لمراقبة تطبيق القانون ، فالواجب المتعلقة بالإجراءات أمثلها تكون حتمية وسقوط الحق للمترب على تجاوزها يكون من النظام العام (ن . ب ٢٠ مايو سنة ١٨٧٣ و٤ مارس سنة ١٨٧٥ شوفين ص ٣٤٧)

جديدة قدرها مائة وخمسون فرنكا إذا كان الحكم المطعون فيه حضوريا ، ونصف ذلك إذا كان الحكم غيابيا ، ثم يودع بقلم كتاب محكمة النقض السند الدال على إيداع الكفالة وصورة الحكم الصادر من دائرة الرائض ، وأصل إعلان هذا الحكم للخصوم وعريضة الطعن والذكرة التي سبق له تقديمها لدائرة الرائض ، والحكم المطعون فيه ، والمستندات المؤيدة لطعنه ^(١) . والطاعن بقيامه بهذا الإجراء يعتبر أنه قد حضر أمام محكمة النقض وطلب منها أن تحكم له بقبول طعنه وبنقض الحكم المطعون فيه ^(٢) ، سواء أحضر بعد ذلك بالجلسة أم لم يحضر ^(٣) . ويكون على المدعى عليه في الطعن — في ميعاد شهر من تاريخ إعلانه بالحكم الصادر من دائرة الرائض — أن يختار له محامياً من المحامين المقيولين أمام محكمة النقض يقوم عنه بإيداع مستنداته ومذكرة بدفاعه . ويعتبر المحامي الذي يتسلم من موكله الصورة التي أعلنت له من حكم دائرة الرائض أنه أصبح وكيلًا في الحضور عنه أمام محكمة النقض .

فإذا لم يتم الطاعن بإيداع مستنداته للتقدمة المذكور كان للمدعى عليه — بعد انقضاء شهرين من تاريخ إعلان مذكرته للطاعن — أن يأخذ من قلم الكتاب شهادة بذلك في ظرف ثمانية الأيام التالية ^(٤) ويقدمها لرئيس المحكمة ليحدد له الجلسة التي يحكم فيها في القضية بالحالة التي هي عليها . ويندر أن تصدر المحكمة حكمها بنقض الحكم المطعون فيه ، بل الغالب أنها تحكم بسقوط حق الطاعن في تقديم مستنداته ويسمى حكمها هذا « arrêt par forclusion » وهو حكم حضوري لا يجوز الطعن فيه ^(٥) .

(١) جارسونيةقرة ٤٢٥ وهوامشها وفأى ققرة ٢١٨ وهامش ١٨

(٢) فأى ققرة ٢١٨ ص ٢٥١ وتيسيه ص ٥١٦ وهامش ٥ وجارسونية ص ٧٤٠ وهامش ٧

(٣) تطبيقات دالوز ققرة ٥١١٧

(٤) المادة الأولى من الباب الثاني من الكتاب الثاني من لائحة سنة ١٧٣٨ (نصها في ربرتوار دالوز ص ١٣ بالهامش)

(٥) فأى ققرة ٢٢٠ ص ٢٥٤ وجارسونية ققرة ٤٣٠ ص ٧٤٤ — ٧٤٥

أما إذا كان المدعى عليه هو الذى لم يقدم مذكرته ومستنداته فى الميعاد المعطى له ، فلحاجى الطاعن أن يسير فى إجراءات طلب الفصل فى الطعن فى غيبة المدعى عليه ، فيأخذ من قلم الكتاب شهادة دالة على عدم قيام الخصم بتقديم مذكرته فى الميعاد ، ويلحق هذه الشهادة بصورة الحكم الصادر من دائرة العرائض وأصل إعلان هذا الحكم وما يرى لزوم تقديمه من المستندات ، ثم يطلب من رئيس المحكمة تحديد الجلسة التى ينظر الطعن فيها أمام المحكمة لتحكم فيه فى غيبة الخصم^(١) .

واقضاء الميعاد المعطى للمدعى عليه لاختيار محاميه وتقديم دفاعه لا يمنعه من أن يطلب من رئيس المحكمة سحب إجراءات الغيبة المتقدمة الذكر والسماح له بتقديم مذكرته ومستنداته فى ميعاد آخر يحدده له ، والغالب أن رئيس المحكمة يستجيب له فيعطيه ميعاداً آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوماً فى القضايا المستعجلة وشهراً فى غيرها^(٢) . فإن انقضى هذا الميعاد ولم يقدم شيئاً يسير فى إجراءات الغياب وأصدرت المحكمة حكمها فى الطعن .

فإن قام كل من طرفى الخصومة بواجبه من إيداع مستنداته ومذكرته ، سارت إجراءات التحضير الكتابية الحضورية بين الطرفين . وهى تنتهى بمرض الأوراق على أحد المستشارين ليقدم تقريراً كتابياً لا يظهر فيه رأيه ، ثم على النيابة لتضيف إلى ملف القضية مذكرتها الختامية ، ثم على رئيس المحكمة ليحدد جلسة المرافعة على مثال ما تسير فيه القضية أمام دائرة العرائض^(٣) .

٣٠٣ - فى القانون المصرى : وقد أخذ الشارع المصرى فى تفاصيل

الإجراءات المتعلقة بإيداع المستندات والمذكرات بقواعد إجراءات التحقيق

(١) المادة ٨ من الباب الثانى من الكتاب الثانى من لائحة سنة ١٧٣٨ والمادة الباقية من قانون ٢ يونيه سنة ١٨٦٢ (فاى ققرة ٢١٧ ص ٢٥٠)

(٢) المادة ٢١ من الأمر العالى الصادر فى ١٥ - ١٩ يناير سنة ١٨٢٦ وقد نصح فيها فى ربرتوار دالوز ص ٤٥ بالهامش .

(٣) انظر فاى ققرة ٢٢١ وما بعدها فى شرح باقى الإجراءات .

الكتابي التي أخذ بها القانون الفرنسي والقانون البلجيكي الصادر في ١٥ مارس سنة ١٨١٥^(١) . لكنه إذ لم ير جواز الطعن بالمعارضة في الأحكام القياية التي تصدرها محكمة النقض (الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون إنشاء محكمة النقض) ، وإذ لم ير فائدة ما من السير بالطعن في إجراءات خاصة في صورة ما إذا لم يودع الطاعن مذكرته ومستنداته في الميعاد ، رأى أن لا ينقل عن القانون الفرنسي ما جاء به من الإجراءات الخاصة بتخضير الطعن في غيبة المدعى عليه ولا ما جاء به من إجراءات تعجيل نظر الطعن إذا لم يتم الطاعن بإيداع ما يجب عليه إيداعه من المستندات ومذكرة الدفاع . ولهذا انحصرت إجراءات تخضير الطعن وتحقيقه في إيداع كل من الطاعن وخصومه مذكرته ومستنداته في ميعاد معين فإن لم يقدم الطاعن شيئاً يسار في الاجراءات كما يسار فيها لو أن المدعى عليه هو الذي لم يقدم دفاعه . ومتى انتهت المواعيد وأقبل باب المرافعة أحيات القضية على الجلسة لتحكم فيها المحكمة على مقتضى الأوراق الكتابية المقدمة وبالحالة التي تكون عليها .

أما تفصيل هذه الإجراءات فهو :

١ — ما يجب على الطاعن إيداعه من الأوراق

٣٠٤ — تنص المادة ١٨ من القانون على أنه يجب على الطاعن أن يودع قلم كتاب محكمة النقض في ميعاد عشرين يوماً على الأكثر من تاريخ الطعن الأوراق الآتية :

- أولاً — أصل ورقة إعلان الطعن إلى الخصوم .
- ثانياً — صورتين مطابقتين للأصل من الحكم المطعون فيه .
- ثالثاً — مذكرة مكتوبة بشرح أسباب الطعن المفصلة في التقرير .

(١) نمر شويخ هذا القانون بكتابه في ص ٨٤٠ وما بعدها .

راجعا — المستندات المؤيدة للطعن عند الاقتضاء .

ويعتبر هذا الإيداع^(١) بمثابة حضور الطاعن أمام محكمة النقض وطلبه منها الحكم له بطلانه^(٢) .

(أولا) أما إيداع أصل ورقة إعلان الطعن للمخوص فالغرض منه تمكين المحكمة من التحقق من حصول هذا الاعلان صحيحاً في اليماد المحدد له قانوناً ، حتى إذا رأت أنه وقع باطلاً أو حصل بعد فوات اليماد ، حكّت ببطلان الطعن طبقاً لنص المادة ١٧ من القانون .

وإيداع هذه الورقة في اليماد هو من الإجراءات الجوهرية التي تلزم مراعاتها وتستوجب مخالفتها الحكم بعدم قبول الطعن . وفي ذلك قالت محكمة النقض^(٣) : « إن القانون يمد أن أوجب على كل طاعن بنص المادة ١٧ أن يعلن طعنه لخصمه بالأوضاع المتعادة في إعلان أوراق المخضرين في الخمسة عشر يوماً التالية لتقرير الطعن ، وإلا كان الطعن باطلاً ، أوجب عليه كذلك أن يودع

(١) قد فصل القانون البلجيكي التقدم الذكر كيفية إيداع المستندات بقلم الكتاب (أما المذكرات فقد أمر باعلانها للمخوص في تفصيل لا محل لذكره) فنص بالمادة ٢٠ على أن الإيداع يكون بالتأشير على كل ورقة من الكتاب المختص بأنها أودعت في تاريخ كذا وبالتوقيع من هذا الكتاب على تأشيرته ، كما نص على أن الورقة لا تعتبر قد أودعت وأصبحت من أوراق الدعوى إلا إذا حصل إثبات إيداعها بالكيفية المتقدمة الذكر .

وإذ كان العروف في لغة قانوننا أن الإيداع هو غير التقدم ، وأنه يجب أن يمر به محضر يومه المودع والكتاب المختص ، فالتا نرى أن يحصل إيداع الأوراق والمستندات بتحرير محضر بإيداعها على نحو ما يودع به خير الدعوى محضر أعماله وتقريره . وهذا النظر يؤكده عندنا أن قانوننا جعل تقديم المذكرات الكتابية الموقع عليها من المحامين مناط حضور المخوص في الدعوى ، فقرر في الفقرة الثانية من المادة ٢٦ أن ليس للمخوص الذين لم يودع باسمهم مذكرة كتابية الحق في أن ينيبوا عنهم محامياً بالجلسة . ولكن العمل جار على قيام كنية المحامين بتقديم المستندات والمذكرات بقلم الكتاب بنفس الطريقة التي تقدم بها لدى محكمة الاستئناف .

(٢) فای فقرة ٢٢٨ ص ٢٥١ وسيمونه فقرة ٨٣ . ولنا أوجبتنا أن يقوم المحامي نفسه بهذا الإيداع .

(٣) ن . م . م . ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد ص ٥ رقم ٨ ص ١٨ والمحاماة ص ١٥ ق ١ رقم ٨١ ص ١٦٥)

في قلم كتاب محكمة النقض في ميعاد عشرين يوماً على الأكثر من تاريخ الطعن أصل ورقة إعلان الطعن للنصوم . . . وبما أن القانون إذ أتى من بعد فأوجب على النيابة ملاحظة كون هذا الإجراء ، هو وغيره من الاجراءات للنصوص عليها في المواد ١٥ وما يليها ، قد روعيت (المادة ٢٢) ومنع محكمة النقض بنص المادة ٢٧ من قبول الأوراق مطلقاً والمذكرات مبدئياً بعد المواعيد المحددة في المواد ١٩ و ٢٠ - فقد دل بذلك على أن إيداع الطاعن ورقة الطعن للخصم بقلم كتاب المحكمة في الميعاد المحدد قانوناً هو من الاجراءات الهامة التي يترتب على اقتضاء المواعيد المحددة لها سقوط الحق في الإجراء .

(ثانياً) أما الحكم المطعون فيه فهو محل الطعن ، ولذلك وجب على الطاعن تقديم صورة منه حتى تستطيع المحكمة التحقق من صحة الأسباب التي بنى عليها الطعن . ويجب بالبداهة أن تكون صورة الحكم المقدمة كاملة شاملة لكل أجزائه ومصدقاً عليها من قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم بأنها طبق الأصل ، فلا يفي عن تقديم هذه الصورة تقديم صورة مصدق عليها من المحامي بأنها طبق الأصل ، أو تقديم شهادة مستخرجة من قلم الكتاب عن مضمون الحكم^(١) ، أو تقديم صورة من حكم آخر تتضمن نص الحكم المطعون فيه .

وتقديم تلك الصورة الرسمية الكاملة من الحكم المطعون فيه في الميعاد هو كذلك إجراء من الاجراءات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها الحكم بعدم قبول الطعن^(٢) .

(١) قاضى ص ٢٣٢ ون . ف ٨ أغسطس سنة ١٨٤٨ (٤٩٥ - ١ - ٢٤)

وسيمويه فقرة ٨٣

(٢) قاضى ص ٢٣١ و ع . ف ٢٠ أبريل سنة ١٨٤٦ (٤٦٥ - ١ - ١٤٤)

وفي قضية أمام محكمة النقض المصرية لم يقدم فيها الطاعن صورة الحكم المطعون فيه فدعت النيابة بيطالن الطعن شكلاً بانية دحضها على أن القانون وإن لم ينص على البطلان في مثل هذه الحالة ، إلا أن إبداع صورة الحكم المطعون فيه هو من الاجراءات الجوهرية التي لا غنى عنها للإمكان نظر الطعن وقبوله شكلاً ، كما أنه متعلق بالنظام العام . فحكمت محكمة النقض برفض هذا =

ولقد أوجب الشارع الفرنسي إيداع صورتين مطابقتين لأصل الحكم المطعون فيه . والأصل في ذلك أن المادة الرابعة من الباب الرابع من الكتاب الأول من لائحة ١٧٣٨ كانت توجب على الطاعن تقديم صورة الحكم التي أعلنت له من خصمه أو صورة رسمية مطابقة لأصله وإلا كان طعنه غير مقبول ، فلما لوحظ أن الغالب في الصور المملنة أن تكون رديشة الخط ولا تقرأ بسهولة ، رأى الشارع أن يوجب على محامي الطاعن تقديم صورة ثانية مقروءة يصدق عليها أنها طبق الأصل^(١) ، ولكنه لم يرتب على عدم تقديمها الحكم بعدم قبول الطعن شكلا ، ولهذا كان لمحكمة النقض أن تحكم برفض الطعن ، أو تأمر قلم الكتاب باستخراج صورة رسمية من الحكم المطعون فيه على مصاريف الطاعن^(٢) و^(٣).

== الدفع وقبول الطعن شكلا ، وقالت في أسباب حكمها إن القانون قد نص صراحة على بطلان الطعن شكلا في حالتين وهما الواردتان في المادة ١٥ والمادة ١٧ منه ... وتري المحكمة أنه لو كان الشارع أراد اعتبار إيداع صورة الحكم المطعون فيه من الإجراءات الجوهرية التي لا بد منها لقبول الطعن شكلا ، وأراد ترتيب البطلان على عدم القيام به لنص على ذلك في صراحة أيضاً ، وغاية ما في الأمر أنه اعتبره من قبيل تقديم المستندات المؤيدة لموضوع الطعن . وما قد يؤيد هذا الاستنتاج ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء محكمة النقض ونصه ما يأتي : « وفي المواد ١٨ إلى ٢٧ تفاصيل الإجراءات المتعلقة بإيداع المستندات ومذكرات الخصوم على وجه يمنع ضياع وقت المحكمة في إعداد القضايا لجلها صالحة للحكم » . ومؤدى ذلك أن إيداع الحكم المطعون فيه — كإيداع غيره من المستندات — ما هو إلا إجراء يقصد به توفير العناصر اللازمة لجل القضية صالحة للحكم في موضوعها ، ولا علاقة له بالإجراءات الشكلية ، فإذا أهمل الطاعن تقديم صورة الحكم في الميعاد القانوني ترتب على إهماله هذا عدم تمكن محكمة النقض من معرفة مبلغ الطعن من الحقيقة ، ولا يسمح في هذه الحالة سوى رفضه موضوعاً لأنه يعتبر بغير دليل (ن . م . م . ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة س ١٢ رقم ٣٠٧ من ٦٠٧ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٣٠ من ١٩ ومج س ٣٣ رقم ١٢ من ٢٣)

(١) المادة ١١ من الأمر المالي الصادر في ١٥ يناير سنة ١٨٢٦ (ربرتوار دالوز ج ٤٥ بالمماش)

(٢) جارسونية فقرة ٤٠٧ وهامش ٣

(٣) والمادة ١٠ من القانون البلجيكي الصادر في سنة ١٩٢٥ لم توجب إلا تقديم صورة الحكم المطعون فيه المملنة فقط .

أما شارعنا فقد أوجب على الطاعن تقديم صورتين مطابقتين لأصل الحكم المطعون فيه ، ولم يتعرض مطلقاً لترتيب جزاء على التخصيص في هذا الواجب . ونظن أنه إذا لم يقدم إلا صورة واحدة فإنه يجوز لمحكمة النقض أن تكلف قلم الكتاب باستخراج صورة أخرى على مضاريف الطاعن ، أو أن تلزمه بمثل مضاريف الصورة المقدمة إذا كانت هذه مقروءة ولم ينازع في مطابقتها أحد من الخصوم ^(١) .

وظاهر أنه إذا تمدد الحكم المطعون فيه كان على الطاعن أن يقدم صورتين عن كل حكم طعن فيه ؛ أما إذا تمدد الطاعنون في حكم واحد ، فلا يكون عليهم جميعاً إلا تقديم صورتين منه ، حتى لو اختلفت مصالحهم ووجبت عليهم كفالات متعددة ^(٢) .

(ثالثاً) وعلى محامي الطاعن إيداع المستندات الضرورية التي تمكن محكمة النقض من فحص الطعن وتقدير الأسباب التي بنى عليها . ولقد فهمت محكمة النقض من نص المادتين ١٨ و ٢٧ من القانون أن المحامين هم المكلفون بإيداع المستندات المؤيدة لطلباتهم ، وأن ليس عليها أن تطلب من أيهم أي مستند تراه هي لازماً ، ولا أن تأمر بضم ملف الدعوى ، لأن وظيفتها تنحصر في الحكم في الطعن على مقتضى الأوراق والإجراءات الكتابية ^(٣) ، فإن لم يقدم الطاعن

(١) ن . م . م . ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧١ ص ٢٥٧ — ٢٥٨ والحاماة س ١٦ رقم ٥٥ ص ١٢٤) وقد جاء به أن تقديم الطاعن لكل من الصورتين المطابقتين للأصل من الحكم المطعون فيه ليس من الإجراءات الجهورية التي تستوجب مخالفتها عدم قبول الطعن شكلاً ، وإنما هو إجراء قصد به توفير الناصر اللازمة لمحل القضية صالحة للحكم في موضوع الطعن ، بحيث أن إحدى الصورتين إذا كانت هي وحدها المقدمة فقط في المبدأ فإنه يكون للمحكمة أن تقضي بقبول الطعن شكلاً وتلزم الطاعن بمضاريف صورة أخرى من الحكم إذا أسك عن تقديم تلك الصورة الأخرى ، فإذا هو قدمها فتأخر في تقديمها فذلك لا يستوجب جزاء ما .

(٢) جارسونية بقرة ٤٠٦ ص ٧٠٦ هامش ٣ وفأى ص ٢٣١ — ٢٣٢ ون . ف ٤ يونيو سنة ١٨٤٤ (س ٤٤ — ١ — ٧٢٣)

(٣) ن . م . م . ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٦٨ ص ٥٠ والحاماة س ١٣ رقم ١٩٧ ص ٣٩٥)

ما يحتاج إليه طعنه من المستندات المؤيدة له قضت محكمة النقض برفض طعنه .
 فيجب عليه إذن تقديم العقد الذي يدعى أن الحكم المطعون فيه قد مسخه أو خالف
 القانون في عدم الأخذ به ، والحكم السابق صدوره في الدعوى الذي يدعى أن
 الحكم المطعون فيه قد صدر على خلافه ، وكذلك صورة الحكم الابتدائي^(١)
 وصور أوراق المرافعات والمذكرات كلما كانت ضرورية ومؤيدة للطعن أو لدفع
 دفاع خصمه .

وبناء على ذلك قضت محكمتنا : (١) بأنه إذا طعن في الحكم الصادر
 من محكمة الاستئناف بتحليف اليمين ، وفي الحكم الصادر بد ذلك على أساس
 الحلف في موضوع الدعوى ، وكانت أسباب الطعن كلها متعلقة بالحكم الأول
 منها ، وجب على الطاعن أن يقدم صورة من الحكمين والمستندات المؤيدة لأسباب
 الطعن . فإن لم يقدم إلا صورة الحكم الأخير وكانت هذه الصورة خالية من كل
 ما يحتاج إليه محكمة النقض للتحقق من صحة الطعن وقيام أسبابه ، جاز الحكم
 برفض الطعن^(٢) (٢) وبأن الطعن الموجه إلى حكم استئنافي مؤيد حكماً
 ابتدائياً لأسبابه هو في الواقع طعن موجه إلى الحكم الابتدائي ، ولذلك فلا يجوز
 النظر فيه إلا مع تقديم صورة الحكم الابتدائي الذي هو متمم للحكم الاستئنافي
 ومكون معه كلا غير قابل للتجزئة ، إذ بدون الاطلاع عليه لا يتسنى لمحكمة
 النقض استعمال ما لها من سلطة الرقابة القانونية^(٣) (٣) وبأنه إذا طعن
 طاعن على حكم بمحصول خطأ في تطبيق القانون ولم يقدم صورة الحكم المطعون فيه

(١) ولا يكتفى بتقديم صورة من الحكم الاستئنافي المطعون فيه إذا أيد الحكم المستأنف
 وأخذ بأسبابه (قأى ص ٢٣٢)

(٢) ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المطامير ص ١٢ ص ٤١٥ رقم ٢١١ والقانون
 والاقتصاد ص ٣ رقم ١٤ ص ٩ ومج ص ٣٣ رقم ٣١)

(٣) ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المطامير ص ١٢ رقم ٢٥٢ ص ٥١٠ والقانون
 والاقتصاد ص ٣ رقم ٢١ ص ١٤) و٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ (المطامير سنة ١٣ رقم ١٨
 ومج ص ٣٣ رقم ١)

ولم يرد على مذكرة خصمه المنقول فيها عن هذا الحكم ما يدل على عدم حصول خطأ في تطبيق القانون ، جاز لمحكمة النقض أن تقضى بعدم قبول هذا الطعن موضوعاً لقيامه على غير أساس^(١) . (٤) وإذا أخذت محكمة الاستئناف بأسباب الحكم المستأنف الذي أيدته وألحقت هذه الأسباب بأسباب من عندها ، فيتمين على من أراد أن يطن في هذا الحكم بطريق النقض أن يودع مع صورته الرسمية صورة رسمية كذلك من الحكم المستأنف ، خصوصاً إذا كان الخطأ المزعم وقوعه في تطبيق القانون لم يكن إلا في الأسباب التي زادت بها محكمة الاستئناف ، لأن مثل هذا الخطأ يجوز أن يكون مما يصح صرف النظر عنه إذا كان الحكم يستقيم على ما يكون به أو بالحكم المستأنف من الأسباب الأخر الموضوعية المنتجة لصحته قانوناً^(٢) . (٥) وإذا طعن على حكم صادر بتعويض بزعم أن وقائمه لا تتسق مع ما هو ثابت في الإنذار بتنفيذ التعهد الذي اعتبره الحكم دليلاً على وقوع الضرر من تاريخ صدوره ولا مع ما هو ثابت في تقرير الخبير الذي عين في الدعوى ، فينبغي على الطاعن تدعيماً لطمه أن يقدم صورة الإنذار الموجه إليه وصورة تقرير الخبير ، وإلا فلا سبيل لمحكمة النقض إلى التحقق من صحة المدعى به من تخاذل الحكم في هذا الشأن^(٣) .

(رابعاً) وعلى محامي الطاعن أن يودع قلم الكتاب نسختين من مذكرة مكتوبة موقع عليهما منه يشرح فيها أسباب الطعن التي فصلها في تقريره . ولا يجوز له أن يضيف إلى هذه الأسباب أسباباً أخرى ، وما يضيفه من ذلك يكون غير مقبول . إنما يكون للطاعن — لو كان ميعاد الطعن لا يزال ممتداً — أن

(١) ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٦٤ ص ٤٧ ومج س ٣٤ رقم ٢٠٥ ص ٤٢٤)

(٢) ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ (الحاماة س ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٤٧)

(٣) ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٩ والحاماة س ١٦ رقم

٢١٠ ص ٤٨٦)

يقدم طعناً آخر بهذه الأسباب الجديدة ثم يطلب ضم الطعنين^(١).

ولا يترتب على عدم تقديم هذه المذكرة الشارحة لأسباب الطعن عدم قبول الطعن شكلاً ، وإنما يترتب عليه أن لا يستطيع الطاعن ولا محاميه الحضور بجلسة المرافعة الشفوية ليستوفى ما عسى أن يريد إضافته من الشرح إلى تقرير الطعن ، لأن المادة ٢٦ تنص على أن ليس للخصوم الذين لم يودع باسمهم مذكرة كتابية الحق في أن ينيبوا عنهم محامياً في الجلسة .

الميعاد الواجب فيه على الطاعن تقديم مذكرته ومستنداته

٣٠٥ — يجب على الطاعن تقديم مذكرته ومستنداته المتقدمة الذكر في ميعاد عشرين يوماً من تاريخ الطعن أى من تاريخ التقرير به .
وإذا لم يكن هذا الميعاد كاملاً فإنه لا يمتد إلى اليوم التالى لاتقضائه ، ولكنه ميعاد حتمى يترتب على تجاوزه سقوط الحق في الاجراء الذى جعل ظرفاً له (المادة ٢٧) .

ولا يضاف الى هذا الميعاد ميعاد مسافة ، لأننا قد أضفنا من قبل للطاعن إلى ميعاد الطعن مواعيد المسافة القانونية ، وهو بعد أن اختار محاميه وقرر المحامى عنه الطعن بقلم الكتاب وأعلن ورقته نلخصه لاحق له في ميعاد مسافة آخر .
وقد قالت في ذلك محكمتنا في حكمها الذى أصدرته في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ « إن الطاعن لا يستحق أن يضاف له ميعاد مسافة آخر من محل إقامته إلى قلم كتاب محكمة النقض لإيداع أوراقه ومذكرة دفاعه بعد أن أضيف له هذا الميعاد

(١) وليس الأمر كذلك في القانون الفرنسى ، إذ يجوز للطاعن أن يضمن مذكرته ما شاء من الأسباب ، بل إن له — مادام ميعاد الطعن ممتداً — أن يطلب في مذكرته نقض ما لم يكن قد طعن فيه من أجزاء الحكم المطعون فيه (فاى ص ٢٣٠ وجارسيونه قرة ٤١٠ ص ٧٤٥)

أما في بلجيكا فالأمر كما هو في مصر (سيبويه قرة ٨٩)

على ميعة التقرير بالطعن ، وقد بلغ به هذا القلم فعلا وقرر طعنه فيه ، وأصبح لا يستحق سوى ما يلزم من الوقت لتحضير أوراقه ومستنداته ومذكرة دفاعه وإيداعها بقلم الكتاب ، وقد حدد القانون هذا الوقت بعشرين يوماً تبتدى من تاريخ الطعن ، ولا علة لإعطائه ميعة مسافة جديداً يضاف إلى هذا الميعاد ^(١).

ب — ما يجب على المدعى عليه إيداعه من الأوراق

وفي أي ميعة يكون هذا الإيداع ؟

٣٠٦ — متى أعلن تقرير الطعن للمدعى عليه ، سواء تضمن هذا الاعلان تكليفه بالحضور لقلم الكتاب لإيداع مذكرته ومستنداته أو لم يتضمن — فانه يعتبر مكلفاً قانوناً بهذا الحضور . فإن بدا له الحضور وتقديم دفاعه فله أن يوكل عنه محامياً مقبولاً أمام محكمة النقض يودع باسمه نسختين من مذكرة مكتوبة بدفاعه مشفوعة بالمستندات التي يرى لزوم تقديمها . وبهذا الإيداع يعتبر المدعى عليه قد حضر أمام محكمة النقض وطلب الحكم له بطلباته في الطعن ، كما اعتبر إيداع الطاعن أوراقه بمثابة حضوره أمام هذه المحكمة .

أما الميعاد الذي منحه القانون للمدعى عليه لإيداع مذكرته ومستنداته فهو ثلاثون يوماً ^(٢) من تاريخ إعلان الطعن ^(٣) (المادة ١٩ من القانون)

وهو ميعة حتمية يترتب على تجاوزه سقوط حق المدعى عليه في إيداع

(١) ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨ من ١٨ والمحاماة س ١٥ ق ١ ص ١٦٥)

(٢) هذا الميعاد هو ثلاثة أشهر في القانون البلجيكي الصادر في سنة ١٩٢٥ (سيمونية فقرة ١١٣)

(٣) ليت المصراع جعل مبدأ هذا الميعاد من تاريخ انضمام الميعاد المحدد للطاعن لتقديم مذكرته ومستنداته ، حتى يتمكن المدعى عليه من الانتفاع بكل الميعاد في الرد على خصمه بسد الملاحه على حجبته ومستنداته .

مذكركه (المادة ٢٧) ، ويترب على عدم إيداعه مذكركه ألا يكون له الحق في أن ينب عنه محامياً بجلسة المرافعة (المادة ٢٦) .

ولقد حاول أحد المحامين الحضور بجلسة المرافعة عن مدعى عليه غاب أثناء تحضير القضية وتحقيق الطعن بقلم الكتاب ، معتذراً عن غيابه مطالباً أخذه بما ورد بالقانون الفرنسي من قواعد التيسير التي عامل بها الغائب من سحب إجراءات الغياب والرجوع بالقضية إلى التحضير ، فلم تقبل المحكمة وأصدرت عن أودة مشورتها حكماً قررت فيه أن « ليس لأي مدعى عليه لم يعين له محامياً يقدم باسمه بقلم الكتاب مذكرة كتائية بدفاعه في الميعاد المحدد له قانوناً ، أن يطلب من المحكمة الإذن له أو لحام يعينه بعد فوات هذا الميعاد ، في الحضور بجلسة المرافعة ليقيم عنه دفاعه بالجلسة شفويًا أو بمذكرة يقدمها » (١) .

وقد صرح القانون بخصوص هذا الميعاد بزيادة مواعيد المسافة ، لأنه هو في واقع الأمر ميعاد تكليف المدعى عليه بالحضور بقلم الكتاب لإيداع مستنداته ومذكركه . وفي ذلك تقول محكمة النقض في حكمها السابق المذكور (حكم ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤) انه إذا كان الشارع قد نص في الفقرة الأولى من المادة ١٩ على أحقية المدعى عليه في الطعن في زيادة ميعاد مسافة على الميعاد الذي أعطى له لإيداع مستنداته ومذكرة دفاعه ، فذلك لأن هذا الميعاد هو في حقيقة الأمر ميعاد تكليف بالحضور يجب تمثيلاً مع نص المادة ١٧ من قانون المرافعات أن يضاف إليه حتماً ميعاد المسافة بين محل المدعى عليه الذي أعلنت له فيه ورقة الطعن وبين الجهة التي ينبغي أن يحضر ويعمل فيها عملاً قضائياً معيناً ، وهذه الجهة هي قلم الكتاب وذلك العمل القضائي هو الحضور لهذا القلم وإيداع أوراقه ومذكرة دفاعه به . فإضافته ميعاد المسافة في هذه الصورة للمدعى عليه أمر واجب بحسب القواعد العامة

(١) ن . م . م . ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (الحاماة س ١٢ من ٨٢٠ رقم ٣٥٨

والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٢٩ من ١٩ ومع س ٣٣ رقم ٣٣ من ٦٠)

حتى ولو كان الشارع لم ينص عليه . والظاهر أنه إنما اضطر للنص عليه ليقطع سبيل المقارنة بين الميعاد الذي أعطى للطعون ضده لإيداع مستنداته ومذكرة دفاعه بقلم الكتاب ، وبين الميعاد الذي أعطى للطاعن بالمادة ١٨^(١) لإيداع أوراقه ومستنداته ومذكرة دفاعه في ذلك القلم ، تلك المقارنة التي قد تكون مدعاة لبس ما دامت علة إعطاء الميعاد واحدة ، وهي إيداع الأوراق والمستندات والمذكرات بقلم الكتاب .

ج - تبادل المذكرات بالرد بين الخصوم

٣٠٧ - قد أجازت الفقرة الثانية من المادة ١٩ لرافع الطعن أن يقدم مذكرة بالرد على مذكرة المدعى عليه في مدة خمسة عشر يوماً من انتهاء الميعاد المعطى للمدعى عليه لتقديم مذكرة بدفاعه .
وأجازت الفقرة الثالثة من هذه المادة لكل من المدعى عليهم - إذا تعددوا - أن يودع في ميعاد خمسة عشر يوماً المتقدم الذكر مذكرة بالرد على المذكرات المقدمة من المدعى عليهم الآخرين .
وصرحت الفقرة الرابعة من هذه المادة للمدعى عليهم - إذا استعمل رافع النقض حقه في الرد - أن يودعوا في خمسة عشر يوماً أخرى ملاحظتهم كتابة على هذا الرد .

ولا تضاف إلى هذه المواعيد مواعيد مسافة ، لأن الخصوم قد سبق لهم الحضور إلى قلم الكتاب لتقديم مذكراتهم الأولى ، وأضيفت لهم مواعيد المسافة اللازمة ، فلا حق لهم في إضافة مواعيد أخرى .

ولكن هل يجوز لمن يقدم مذكرة بالرد أن يشفعها بمستندات جديدة ؟
قد يقال إن المادة ١٩ لم تنص على جواز شفع مذكرة الرد بمستندات جديدة ،

(١) وقلنا إنه لا يضاف إليه ميعاد مسافة (راجع فقرة ٣٠٥)

وإن شارعنا قد أغفل علما ما ورد بنصوص اللواد ٨ و ٩ و ١٠ من لأئحة سنة ١٧٣٨ من الترخيص لكل من يقدم مذكرة بالرد بأن يشفعها بالمستندات المؤيدة لرده . ولكننا نستصوب جواز تقديم مستندات جديدة مع مذكرات الرد^(١) ، لأن التصريح بتقديم هذه المذكرات يقتضى شفعها بما يؤيدها من المستندات ، ولأن المدعى عليه في الطعن قد يدفع بعدم جواز الطعن أو بعدم قبوله أو بأى دفع آخر يغنى بحثه عن بحث أسباب الطعن ، وقد يقدم ما يؤيد دفعه هذا من المستندات ، فاذا منعنا رافع الطعن من تقديم مستنداته الجديدة الخاصة بهذه الدفوع عند تقديم مذكرته بالرد عليها ، نكون قد منعناه في الواقع من إبداء دفاعه .

على أنه لا بد من قصر هذا الجواز على من يكون له الحق من الخصوم في تقديم مذكرة بالرد ، أما من لم يسبق له تقديم مذكرة ما في المرحلة الأولى من مراحل تحضير الطعن ، فلا يكون له الحق في تقديم مستندات جديدة . والعمل جار على ذلك أمام المحكمة .

د - كيف يحصل الإدخال والتدخل أمام محكمة النقض

٣٠٨ - قد بينا في الفقرة ٢٧٦ من هذا الكتاب أن ليس للطاعن في النظام المصرى - بعد أن يذكر أسماء خصومه في تقرير الطعن ويعلمهم به - أن يدخل في الدعوى . خصوصاً آخرين ، وأن المدعى عليه هو الذى أجاز له بمقتضى المادة ٢٠ من القانون أن يدخل في الدعوى أى خصم في القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه لم يعلن بالنقض من رافعه ، وأن لكل من كان خصما في القضية التى صدر فيها هذا الحكم للطعون فيه أن يتدخل في الدعوى

(١) والقانون البلجيكي الصادر في سنة ١٩٢٥ لا يجيز الرد الطاعن إلا على ما يدفع به المدعى عليه من الدفوع بعدم قبول الطعن شكلا ، كما لا يجيز له تقديم مستندات جديدة إلا لدفع هذه الدفوع فقط (سيمونية فقرة ١١٤)

أمام محكمة النقض ليطالب الحكم برفض الطعن (المادة ٢١) .

وقول الآن إن إدخال الخصوم يكون بأن يعلن المدعى عليه تقرير الطعن لمن يريد إدخاله ، بورقة من أوراق المحضرين وبالأوضاع العادية ، وذلك قبل ميعاد الثلاثين يوماً المعطى للمدعى عليه لتقديم مذكرته ومستنداته . ويكون لهذا الخصم الذي أدخل في الدعوى أن يودع قلم كتاب محكمة النقض في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بالدخول فيها مذكرة كتابية بدفاعه مع ما يرى لزوماً لتقديمه من المستندات ، وفي هذه الحالة لا تسرى المواعيد المحددة لتبادل الرد بين الخصوم إلا بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً المذكور .

أما تدخل من كان خصماً في القضية التي صدر فيها الحكم المطعون ولم يعلنه رافع النقض بالطعن ، فيكون بإيداع المتدخل قلم الكتاب مذكرة كتابية قبل انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً المعطى للمدعى عليه لتقديم مذكرته ومستنداته .

هـ - كيفية إيداع المذكرات والمستندات بقلم الكتاب

٣٠٩ - يجب على الخصوم - بنص المادة ٢٢ - أن يودعوا من كل مذكرة من مذكراتهم نسختين موقعتين من أحد محامي محكمة النقض ، كما يجب عليهم تقديم المستندات التي يبرزونها تأييداً لمذكراتهم بموجب حافظة موقع عليها من أحد محامي محكمة النقض .

ولو أن نص هذه المادة لم يرتب جزاء ما ، لا على إيداع المذكرات أو تقديم المستندات غير موقع عليها من محام مقبول أمام محكمة النقض ولا على الاكتفاء بتقديم نسخة واحدة من المذكرة الواجب تقديمها ، إلا أننا مع ذلك لا نشك في أن المذكرة التي لم يوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض يجب ألا يقبل قلم الكتاب إيداعها وإن هي أودعت خطأ فينبغي للمحكمة أن تأمر باستبعادها . فإن لم تقدم المذكرات إلا من أصل واحد فلا يتمتع قلم الكتاب من قبولها ، ولا تظن محكمة

النقض تأمر باستبعادها وترتب على هذا الاستبعاد إسقاط حق مقدمها في حضور محاميه جلسة المرافعة ، بل يكون لها أن تأمره بإيداع نسخة ثانية أو بدفع الرسم المستحق على هذه النسخة الثانية محافظة على حق الخزنة^(١) .

ولما كان نص المادة ٢٢ قاصراً على إيجاب إيداع نسختين من كل مذكرة من مذكرات الخصوم على النحو المتقدم الذكر ، وكان لا يوجب عليهم الحصول على تأشير خصومهم بالاطلاع على المذكرات قبل إيداعها ، فقد كان الاطلاع عليها يحصل بقلم الكتاب . ولذلك اقترح إيجاب هذا التأشير قبل الإيداع حتى لا يكون الخصم « ملزماً بأن يتردد يومياً على قلم الكتاب ليرى هل أودع خصمه شيئاً أم لا ، وقد يكون بعيداً عن القاهرة فيتكبد بسبب ذلك مصاريف باهظة » . ولكن لجنة الحقانية بمجلس الشيوخ لم تر لزوماً لإجراء التعديل المقترح وقالت « إن النص المعمول به أكثر رعاية لصالح الخصوم ، وذلك لأن قانون محكمة النقض يحتم الإيداع في مواعيد قصيرة ، فإذا ما نص على ضرورة إعلان الخصم بالمذكرة قبل إيداعها بقلم الكتاب — وقد يكون الخصم المطلوب إعلانه في بلد بعيد — فإن الميعاد قد ينقض قبل التمكن من الإيداع ويكون في هذا التكليف إرهاق لا مزيد عليه . فالأجدر ترك التشريع كما هو ، إذ به تبرأ ذمة الخصم بمجرد إيداع المذكرة قلم الكتاب . ولذلك لم تر اللجنة محلاً لضرورة التردد يومياً على قلم الكتاب — كما ذهبت المذكرة الإيضاحية — لأنه ما دام القانون قد حدد مواعيد فلا يبدأ البحث والسؤال إلا في اليوم التالي لانتهاء الميعاد » .

على أن اللجنة رأت بهذه المناسبة أن المادة لم تستلزم إيداع صور من المذكرات وأن العمل جرى على إيداع الأصل فقط ، ولذلك رأت النص على ضرورة

(١) نص المادة ٤٢ المعلقة بقانون ١٠ يولييه سنة ١٩٣٣ هو « يؤخذ في المواد المدنية والتجارية أمام محكمة النقض والأبرام رسم ثابت قدره ثلاثون قرشاً صاعاً لكل ورقة أصلية أو صورة من ورقة من أوراق المحضرين أو قلم الكتاب ، وعشرة قروش عن كل ورقة من المذكرات المكتوبة التي تودع بقلم الكتاب » .

إيداع صور من المذكرات بقدر عدد الخصوم . وقد قبل هذا التعديل وصدر به قانون ١٠ يولييه سنة ١٩٣٣ فصار نص المادة ٢٢ الجديدة هكذا « يجب أن يودع من كل مذكرة من مذكرات الخصوم نسختان موقع عليهما من أحد محامي محكمة النقض والإبرام ، مع صور بقدر عدد الخصوم ، كما يجب أن تقدم المستندات التي يبرزها الخصوم تأييداً للمذكراتهم بموجب حافظة موقع عليها من أحد محامي محكمة النقض . » وما دام هذا التعديل قد روعي فيه صيانة حق الدفاع بجعل إيداع صور المذكرة في مثابة إعلانها للخصم ، فنحسب أنه ينبغي للمحكمة أن تطرح المذكرة التي لم يودع منها صور بقدر عدد الخصوم ، متى طلب ذلك ذو المصلحة ، فإن لم يطلب وجب إلزام من عليه الإيداع بالرسوم المستحقة لعدم الكتاب عن الصور الناقصة .

و — تحضير النيابة قضية الطعن

٣١٠ — قد رأى الشارع « أن في حضور النيابة العامة قضايا الطعون في المواد المدنية والتجارية ضماناً جليلاً للقدر لاستيفاء بسط ما يمرض فيها من المسائل القانونية أمام محكمة النقض » ، فأوجب على قلم الكتاب بنص المادة ٢٤ أن يرسل إلى النيابة ملفات قضايا الطعون لتضيف إلى كل منها مذكرة كتابية ، تنهى فيها إلى المحكمة القضية على جهة الصديق ومنحى الحق ويقين الخبر . وقد أوجب على النيابة بنص المادة ٢٨ حضور جلسات المرافعة لتبدي في كل منها أقوالها موضحاً وجه الصواب والخطأ في المسائل القانونية المختلف عليها ومنضمة في طلباتها إلى أحد الطرفين . وعليها على الأخص لفت المحكمة إلى إجراءات تحقيق الطعون وتحضيرها (المادة ٢٣) وإيداع طلباتها المتعلقة بالنظام العام . فعليها مثلاً أن تطلب الحكم بعدم جواز الطعن فيما لا يجوز الطعن فيه من الأحكام والحكم بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد أو لرفعه ممن لم يكن خصماً في الدعوى أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، وأن تطلب قرض الحكم لسبب من أسباب النظام العام .

وظاهر أن النياية بإبدائها طلباتها في الطعون المرفوعة من خصوم الدعوى لا يمكن اعتبارها أنها بذلك تطعن بنفسها في الأحكام المطعون فيها ، بل إنها تكون عاملة في ذلك بما خول لها من حق إبداء الطلبات في الطعون المرفوعة ، على جهة الانضمام لأحد الخصمين ، وهو حق مسلم به في فقه القانون الفرنسى والبلجيكي^(١) ومصرح به في المادة ٢٨ .

ولم يحدد القانون للنياية مياعدا يجب عليها فيه تقديم مذكراتها ، ولكن لحكمة النقض منقطة بهيئة جمعية عمومية أن تحدد للنياية وللخصوم مياعدا لتقديم مذكراتها قبل تحديد الجلسة ، عملا بنص المادة ٣٤ .

وليس في القانون ما يمنع النياية من تقديم مستندات جديدة تؤيد بها طلباتها^(٢) ، وقد قبلت منها محكمتنا محضر جلسة الرافضة أمام محكمة الاستئناف

(١) ربرتوار دالوز لقرة ٣٣١ ون . ف ٣ مايو سنة ١٨٥٢ (د ٥٢٢ - ١ - ١٧٣) وشوفين في القانون البلجيكي ص ١٤٠ وحكم محكمتنا في ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد ص ٣ رقم ٩٥ ص ٨١) الذي فصل بين وظائف النياية في الطعن ادعاء ووظائفها بطريق إبداء الطلبات .

وقه المسألة أن للنياية العامة في المواد المدنية والتجارية وظائف معروفة ، تارة تقوم بها ادعاء *por voie d'action* فتكون هي المدعية وصاحبة الدعوى ، وتارة تقوم بها تدخلا في دعوى رخصها غيرها فتكون فيها طرفاً منضما . وليس معنى ذلك أنها تضم في طلباتها إلى طلبات أى الخصمين ، بل معناه أنها لا تعتبر مدعية ولا مدعى عليها ، وأنها تبدى طلباتها غير متحيزة فيها إلى جانب دون آخر ، وأن تتوخى في ذلك مجرد إبداء الوجه القانونى الواجب اتباعه . وقد عني جارسوني به ذكر ما يترتب على ذلك من فروق ذكر منها : (١) أن النياية يكون لها الحق في رد القضاة عن الحكم وفي الطعن في الأحكام بالاستئناف والنقض في الدعوى التي ترفضها هي بصفها خصما أصليا (كالعاوى التي ترفضها لمصلحة الفائزين المادة ١١٤ مدنى) أما فيما لا تكون فيه إلا طرفاً منضما (في القانون الفرنسى والقانون المختلط أحوال يجب على النياية أن تبدى فيها طلباتها وأحوال يجوز لها ذلك) فلا يصح لها شيء من ذلك (٢) وأن للنياية كلما كانت خصما أصليا أن تقدم في الدعوى ما تراه من الطلبات لمصلحة العامة ، أما إذا كانت خصما منضما فالأصل ألا يكون لها أن تحل محل الخصوم فتضيف إلى طلباتهم ما لم يطلبوه ، وإنما يكون لها أن تطلب الطلبات القانونية في كل مسألة تتعلق بالنظام العام على اعتبار أن هذه المسائل قائمة في الدعوى وليس للخصوم أن يتنازلوا عنها صراحة أو دلالة ، وأن للمحكمة الأخذ بها من تلقاء نفسها (راجع في هذه الفروقات وغيرها جارسوني ج ١ ص ٣٠٦ وما بعدها) (٢) وقد أشار جارسوني (ج ١ ص ٣٠٧ هامش ٢ و ٣٠٨ هامش ٩) إلى =

ومسودة الحكم المطعون فيه عند استدلالها بهما على بطلان الحكم المطعون فيه لاشتراك من لم يسمع المرافعة من القضاة في إصداره والتوقيع على مسودته وعدم اشتراك من سمعها منهم في المداولة فيه وفي إصداره والتوقيع على مسودته^(١).

ولم يجعل أصل القانون للخصوم بعد تقديم النيابة مذكرتها حقاً في تقديم مذكرات بالرد، لأنه رأى — كما جاء بالمذكرة الإيضاحية — وجوب إقتال باب المرافعة على ذلك. غير أننا لا نشك في أن لمحكمة النقض — مع ذلك — أن ترخص لمحامي الخصوم بإيداع مذكرات تكميلية — عملاً بنص المادة ٢٧ من القانون وعلى ما سيأتي تفصيله عند الكلام على إجراءات المرافعة بالجلسة — إذا تضمنت مذكرة النيابة أو مرافعتها الشفوية طلباً أو دفعاً لم يسبق لهم بحته في مذكراتهم المقدمة^(٢).

== ذلك عند كلامه عن وظائف النيابة في القضايا التي تعمل فيها محل الخصم المنضم، فقال إنه قد قضى بأن عدم اطلاع الخصوم على ما تقدمه النيابة من المستندات الخارجة عن ملف الدعوى لا يخل بمحق دفاعهم، ولا مخالفة فيه لنص المادة ١٨٨ مرافعات التي تجزئ لكل خصم طلب تأجيل القضية للاطلاع على مستندات خصمه، إلا إذا تبين أن عدم الاطلاع كان له أثره الواضح في الحكم. وقد استشهد بحكم ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٩٢ (٩٢٥ — ١ — ٦٢٤) وحكم ٢٣ يولييه سنة ١٨٩٥ (٩٦٥ — ١ — ٣٠١)

(١) ن. م. م. ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ السابق الذكر.

(٢) وقد رأى رئيس محكمة النقض أن يرخص لمحامي الطاعنين في القضايا الأولى المقدمة للدائرة المدنية بجلستها الأولى التي انعقدت يوم ٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ بتقديم مذكرات بالرد على مادفت به النيابة من عدم جواز الطعن في الأحكام المطعون فيها لصودورها في عهد القانون القديم وصيرورتها حقوقاً مكتسبة، وقد أشار حضرته إلى هذا الدفع عند التنويه بأن مهمة النيابة قد تكون مهمة إبداء وإيداع كهمته المحامين إذ قال: ولا يؤيد ذلك مثل الدفع الذي ترويه اليوم مقدماً من النيابة ما لم يجل في خاطر القضاة ولا في خاطر المحامين. وقد جرت محكمتنا على ذلك توفية لحق الطاعن.

أما في فرنسا فإذا كانت المادة ٣٨ من قانون سنة ١٨٢٦ تمن على عدم جواز التعقيب على أقوال النيابة، فقد جرى العمل بمجاوز تقديم ملحوظات مكتوبة يتسلمها رئيس الجلسة بنبر اطلاع الخصوم. وقد قد جارسوني هذا المرف وفضل عليه التقرر بإعادة المرافعة (جارسوني ج ١ ص ٣٠٩ هامش ١٢)

الفرع الخامس

فى المرافعة الشفوية وحضور الأخصام بالجلسة

وإصدار الحكم

١ - تحديد يوم الجلسة وإجراءاتها

٣١١ - متى أضافت النيابة مذكرتها إلى ملف القضية أعادته لقلم الكتاب فيحدد رئيس المحكمة الجلسة التى تنظر فيها القضية (المادة ٢٤) ، ويخبر قلم الكتاب محامى الخصوم بتاريخ هذه الجلسة (المادة ٢٥) .

وقد جرى العمل بأن يخبر قلم الكتاب المحامين قبل موعد الجلسة بخمسة عشر يوماً ، وهو الميعاد الذى أوجب فيه الشارع على هذا القلم تعليق جدول الجلسة باللوحة المعلقة لذلك .

فإذا جاء يوم الجلسة فلا يؤذن للخصوم أن يحضروا شخصياً من غير محام عنهم ، وليس لمن لم يودع باسمه مذكرة كتابية أن ينب عنه محامياً فى الجلسة (المادة ٢٦ ققرة ١ و ٢) . ويجوز للمحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أنفسهم ، إذا كانوا من قبل قد أنابوا عنهم محامين وقدموا بأسمائهم مذكراتهم الكتابية فى المواعيد ، إذ لا ضرر فيه ولا مخالفة للقانون ، وإن لم ينص عليه فى المادة ٢٦ كما نص عليه فى فرنسا بالمادة ٣٧ من الأمر الصادر فى ١٥ يناير سنة ١٨٢٦ .

فان لم يحضر محامون بالجلسة فصلت المحكمة فى القضية على مقتضى الأوراق والإجراءات الكتابية (المادة ٢٦ ققرة ٤) .

وإن حضروا سمعت المحكمة أقوال الطاعن والدعى عليهم والمدخلين

والمتدخلين^(١)، ثم أقوال النيابة وتكون هي آخر من يتكلم^(٢) (المادة ٢٨ ققرة ١). ولا يجوز للخصوم إبداء أسباب شقوية في الجلسة غير الأسباب التي أدلوا بها في مذكراتهم المودعة بالقضية (المادة ٢٦ ققرة ٣) سواء أكانت الأسباب أسباباً للطعن أم لدفع الطعن^(٣). ولا تقبل منهم أوراق أو مذكرات بعد المواعيد المحددة في المواد ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ من القانون (المادة ٢٧ ققرة ١). على أنه يجوز للمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم بإدعاء مذكرات تكميلية إذا رأت بعد اطلاعا على القضية في الجلسة أنه لا غنى عن ذلك، وفي هذه الحالة تؤول القضية إلى جلسة أخرى وتحدد المواعيد التي يجب إيداع تلك المذكرات فيها (المادة ٢٧ ققرة ٢).

وظاهر أنه يستثنى من هذه القاعدة الأسباب المتعلقة بالنظام العام فإنه يصح

(١) وباختصار لو أدخلت محكمتنا في تعاليمها ما جرت عليه محكمتا النقض الفرنسية والبلجيكية من أخذ الشاكرين بتلاوة تقارير كتابية، تكلمة لنظام المرافعة الكتابية التي أخذت مفرغاً عن النظام الفرنسي والبلجيكي، فتصبح جلساتها مههداً عليها للممارسة القانون. وليس الأمر في ذلك محتاجاً إلى تصريح.

(٢) وقد نصت المادة ٣٥ من القانون البلجيكي الصادر في ١٥ مارس سنة ١٨١٥ على عدم جواز تعرض المحامين لتمحيص وقائع القضية المروضة بالجلسة، وعلى وجوب الاختصار على عرض المسائل القانونية المتعلقة بأسباب الطعن كما نصت على أن رئيس الجلسة ينبه من يخالف ذلك من المحامين حفظاً للنظام.

(٣) جايوت ققرة ١٨٤٢ ص ٦٩٩ ون. م. م. ١٧ أبريل ١٩٣٢ (المحاماة) ص ١٢ رقم ٤٨٤ ص ٦٧٢ والقانون والاقتصاد ص ٣ رقم ٤٣ ص ٣٠) وقد جاء به : (١) أن لفظ «أسباب» الواردة بالفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من القانون ونصها : «لا يجوز إبداء أسباب شقوية بالجلسة غير الأسباب التي أدلى بها الخصوم في المذكرات الكتابية المودعة بالقضية» لا تصرف إلى الأسباب التي يبنى عليها الطعن دون غيرها، بل هي تصرف أيضاً إلى أي دفع يراد إبداءه. (ب) إن كلمة الخصوم الواردة في الفقرة المتقدمة الذكر تشمل الطاعن والدعى عليه في الطعن، كما تشمل النيابة العمومية التي هي خصم منضم في الدعوى.

وقد حكمت محكمتنا في ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ برفض الدفع بطلان الطعن المبني على عدم ذكر محل إقامة الطاعن في تقرير الطعن لتقديمه لأول مرة بجلسة المرافعة (المحاماة ص ١٢ رقم ٤٨١ ص ٨٤٤). وقضت بحكم ١٧ أبريل سنة ١٩٣٢ (المقدم الذكر) برفض دفعه قدمته النيابة بالجلسة طلبت فيه الحكم بعدم قبول الطعن لتقديمه من محام ليس بيده توكيل من موكله.

إبداؤها بالجلسة طلباً لنقض الحكم أو دفْعاً للطعن ، بل يصح للمحكمة أن تثير هذه الأسباب من تلقاء نفسها (انظر المادة ١٥ قرة ٢) .

ب — ما ينطبق على قضايا الطعون من قواعد الإجراءات

المبينة في قانون المرافعات

٣١٢ — تنطبق في قضايا الطعون المرفوعة إلى محكمة النقض — على ما جاء بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من قانونها — قواعد الإجراءات المنصوص عليها في المواد ٨١ و ٨٢ و ٨٣ و ٨٥ و ٨٦ و ٨٧ و ٨٨ و ٨٩ و ٩٠ من قانون المرافعات (وهي المتعلقة بملئية المرافعات أصلاً وجواز إجرائها سرا محافظة على النظام العام أو الآداب وعدم جواز المقاطعة على محامى الخصام وجواز الاستماع إليهم مرة ثانية وضبط وربط الجلسة وتحقيق ما يحصل فيها من التشويش وغيره من الجرائم والقبض على الجاني ومحاكمته المحاكمة التورية ومعاقبته على ما ثبت إدانته فيه) ، كما تنطبق فيها أيضاً القواعد الخاصة بالأحكام المنصوص عليها بالمواد ٩١ لغاية ١١٨ من قانون المرافعات (بشأن المداولة في الأحكام بين القضاة الذين حضروا المرافعة وجمع آرائهم والنطق بها في جلسة المرافعة أو في الجلسة التي تحددها ، ونحو ذلك) ، وذلك بقدر ما تكون هذه القواعد أو تلك متفقة مع نصوص قانون محكمة النقض .

وإذن جلسات محكمة النقض يجب أن تتمتع علانية وهيئتها يجب أن تؤلف من خمسة قضاة ممن لم يسبق لهم المشاركة في الحكم الطعون فيه ، وأحكامها ينبغي أن تشتمل على الأسباب التي بنيت عليها... الخ ، ولكن لا يجوز تطبيق المادة ٩٥ من قانون المرافعات التي تصرح بجواز تقديم مذكرات أو أوراق ما دامت القضية في المداولة إذا سبق اطلاع الخصم عليها ، لأن نص المادة ٢٧ من قانون

محكمة النقض يمنع تقديم أوراق أو مذكرات بعد المواعيد المحددة لإيداعها ، إلا في الحالة الاستثنائية المبينة في المادة ٢٧ . وكذلك يكون لمحكمة النقض أن تتبع القواعد المبينة في باب الأحكام من قانون المرافعات في المنازعات المتعلقة بتسليم نسخة الحكم التنفيذية أو تسليم نسخة ثانية في حالة ضياع النسخة الأولى وفي تقدير مصاريف الدعوى المحكوم بها وفي رفع المعارضة في الأمر الصادر بتقديرها لأودة للشورة بالمحكمة .

وليس بقانوننا ما يلزم محكمة النقض بتبليغ أحكامها للمحاكم الأخرى ، ولا بقيد أحكام النقض بسجل خاص يحفظ بقلم كتاب المحكمة التي أصدرت الأحكام المنقوضة ، وإنما جرى العمل بطبع الأحكام المقررة للقواعد القانونية وتوزيعها على مستشاريها ومستشاري محكمتي استئناف مصر وأسيوط ، ورؤساء المحاكم الابتدائية ، والنائب العمومي ، والمستشارين الملوكيين .

أما في فرنسا فقد أصدرت حكومة الديريكتوار بتاريخ ٢٨ فنتوز سنة ٥ قرارا بإنشاء مجموعة تسمى « مجموعة أحكام محكمة النقض » *Le bulletin de la cour de cassation* تنشر فيها أحكام محكمة النقض في بابين ، باب خاص بالأحكام المدنية ، وآخر خاص بالأحكام الجنائية ، ثم توزع أعداد هذه المجلة توزيعاً خاصاً . ثم أوجب قانون فنتوز سنة ٨ قيد أحكام النقض بسجل المحكمة التي أصدرت الأحكام المنقوضة ، ولهذا جرت محكمة النقض فيما تصدره من الأحكام على التقرير بتكليف النائب العمومي لديها بطبع الحكم وقيله بسجل المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه والتأشير بمضمونه على هامش الحكم المنقوض ^(١) .

(١) كارتنييه قرة ١١٧ و ١٢٢ .

الفصل الثاني

في الدفع والمائل الفرعية أمام محكمة النقض

عمومات

٣١٣ — ما دامت وظيفة محكمة النقض تنحصر في نظر ما يرفع لها من الطعون بين من كانوا خصوماً في الدعوى أمام المحاكم التي أصدرت الأحكام للطعون فيها ، لتفصل في كل طعن على موجب مرسوم القانون من تلك الإجراءات الكتابية الخاصة المتقدمة الذكر ، فن الحق أن تساءل عما يجب اتباعه من لإجراءات فيما يبدى من الدفع وما يعترض دعوى الطعن من المسائل الفرعية مما يتناهى السير فيه وفق القواعد العامة للدونة بقانون المرافعات ، مع طبيعة عمل محكمة النقض والأسلوب الخاص المتبع لديها في تحضير القضايا وتحقيقها .

والجواب أن من الدفع ما لا يتصور إيدأؤه ، كالدفع بعدم اختصاص محكمة النقض بنظر ما يرفع إليها من الطعون ، وكالدفع بطلب إحالة القضية إلى محكمة قض أخرى ، وكالدفع بطلب ميعاد للاطلاع على الأوراق التي قدمها الخصم في الدعوى ، ما دام قانون محكمة النقض قد حدد مواعيد تقديم الأوراق وإيداع المذكرات قلم الكتاب في دور التحضير ويمكن كل خصم من فرصة الرد على خصمه على وجه تمتنع معه المفاجأة ومنه بعد ذلك من إيداء أسباب أخرى في المرافعة الشفوية ، وكالدفع بطلب ميعاد لإدخال ضامن ، لأن قانون النقض قد بين من يجوز إدخاله وكيف يدخل وفي أى ميعاد يكون الإدخال .

أما الدفع التي يتصور إيدأؤها في قضايا الطعون ، كالدفع بعدم قبول الطعن لرضه عن حكم لا يجوز الطعن فيه ، أو لرضه بعد الميعاد ، أو لقبول الطعن للحكم

الطعون فيه ، والدفع ببطلان تقرير الطعن أو بطلان إعلانه للخصوم ، أو الدفع بسقوط الحق في تقديم ما يجب تقديمه من الأوراق والمستندات والمذكرات في الميعاد ، فيجوز إيداء ما كان منها من النظام العام في أية حالة كانت عليها الدعوى ؛ أما ما لم يكن من النظام العام فيجب إيدأؤه في مذكرة المدعى عليه الأولى وقبل مواجهة الموضوع حتى لا يسقط الحق فيه طبقاً للمادة ٢٦قرة ثالثة والمادتين ١٣٨ و ١٣٩ من قانون المرافعات .

أما ما قد يمرض لقضية الطعن أثناء سيرها مما يستدعى وقف المرافعة ووصلها أو السير في طرق التحقيق من سماع البيئة وتحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير ونحو ذلك ، فقد يقع التساؤل له عما يجب اتباعه من الإجراءات ، أيجب العمل بأحكام قانون المرافعات أم يجب السير بما يلائم مهمة محكمة النقض ويناسب الإجراءات الواجبة الاتباع أمامها ؟

إن في القانون الفرنسي نصوصاً خاصة تنظم طريق الدفع والادعاء الفرعى أمام محكمة النقض ؛ فالباب السابع من الكتاب الثاني من لأئحة ١٧٣٨ تنظم كيفية رفع الطعن وتقديم المسائل الفرعية وإدخال الخصوم ووصل المرافعة بعد انقطاعها ، والأمر العالى الصادر في سنة ١٦٦٧ ينظم رد المستشارين عن الحكم ، والأمر العالى الصادر في يوليو سنة ١٧٣٧ يحددك عن دعوى التزوير الفرعية وإجراءات رفضها — ولذا جرت عادة الكتاب الفرنسيين على عقد باب خاص لهذه المسائل ^(١) :

ولعل شارعنا — بعد أن يبين من يكون خصماً في دعوى الطعن ومن يجوز إدخاله أو تدخله فيها ، وكيف يودع الخصوم أوراقهم ومذكراتهم قلم الكتاب ومتى يقدمونها ، وما ينبغى أن يذكره في هذه المذكرات من شرح أسباب الطعن وأوجه الدفع والدفع ، وبعد أن منهم من تقديم أوراق أو مذكرات أخرى وإيداء أسباب شغوية بالجلسة غير الأسباب التي أدلوا بها في هذه المذكرات

(١) راجع في تفصيل ذلك تعليقات دالوز من ققرة ٨٧٦ إلى ٩١٤ وفى في الفصل التاسع المكون « incidents de procédure » ققرة ٢٤١ — ٢٥٧ وسيمونه ققرة ١٣٦ — ١٤٦

الكتابية ، وبعد أن عدل أحكام رد القضاة والمستشارين وبين إجراءات رد المستشارين أمام محكمة النقض ، وبعد أن أوجب تطبيق قواعد الإجراءات المنصوص عليها في المواد ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ من قانون المرافعات والقواعد الخاصة بالأحكام المنصوص عليها في المواد ٩١ — ١١٨ ، بقدر ما تكون هذه القواعد أو تلك متفقة مع نصوص قانون محكمة النقض — لعل شارعنا بعد ذلك لم يروجها لمقد فصل خاص للدفع والسائل الفرعية التي تعرض للدعوى أمام محكمة النقض ، مكتفياً بما يفهم من جميع نصوصه الدالة على أنه أراد اتباع ما جرى عليه في رفع الطعن ، من تقرير كل مسألة منها في قلم الكتاب وتبليغها للخصوم — إذا اقتضت الحال — وتحقيقها بينهم في المذكرات الكتابية ، ما أمكن الجرى على ذلك . وإليك بعض ما رأيناه :

المعارضة في المصاريف والأتعاب المقدرة

٣١٤ — في المعارضة في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة بتقدير المصاريف والأتعاب مثلاً ، يقرر المعارض معارضته في قلم الكتاب ويملأها لخصمه بورقة من أوراق المحضرين ، ثم تحضر المعارضة بقلم الكتاب تحضير الطعون ، ثم تقدم للجلسة . وهذا ما رأته محكمتنا عند نظرها معارضة في أمر تقدير المصاريف المستحقة في أحد الطعون ، حيث كلف المعارض خصمه بالحضور مباشرة أمام المحكمة للرافعة وسماع الحكم بتعديل التقدير المأمور به ، فأمرت المحكمة بإعادة المعارضة لقلم الكتاب لتحضيرها فيه تحضير الطعون بتقديم المستندات والمذكرات في المواعيد العادية^(١) .

(١) ن . م . م . ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٦٠ ص ١٧٧) . وفي معارضة في أمر صادر بعدم اختصاص محكمة النقض بتقدير أتعاب المحامي على موكله ، لم تر محكمة النقض عملاً لإعادة المعارضة لقلم الكتاب لتحضيرها به ، وذلك إذ غاب المعارض عليه وأرسل خطاباً لرئيس المحكمة بنقائه وأطلع عليه المعارض بالجلسة ولم يكن في الخطاب إلا ما كان منه ومن محاميه من اتفاق على الأتعاب بشروط خاصة لم يتحقق منها شرط دفع مؤخر الأتعاب (ن . م . م . ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ ، ملحق القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٦١ ص ١٨٠)

انقطاع المرافعة ووصلها

٣١٥ — لا شك في أن وفاة أحد الخصوم أو تغير حالته الشخصية أو غزله عن الوظيفة التي كان متصفا بها في الدعوى قبل تقديم الطلبات الختامية يترتب عليه انقطاع المرافعة بقوة القانون . فإذا نزل أحد هذه الأسباب بأحد من الخصوم انقطع تحضير الطعن وانقطعت مواعيد تحضيره^(١) وكان على من يهمه متابعة السير فيه إيداع مستنداته ومذكرته — إن لم يكن قد أودعها من قبل — وإعلان خصمه بالسير في إجراءات التحضير في المواعيد المعتادة السابق بيانها . فإن لم يطرأ السبب القاطع للمرافعة إلا بعد إقبال بابها كتابة ، فلا يترتب على طروئه عدم الحكم في الدعوى ، بل يجوز للمحكمة — وهي لا تحكم عادة إلا على مقتضى الإجراءات الكتابية — أن تحكم على حاصل الأقوال والطلبات الختامية المدونة في المذكرات المقدمة بغير مرافعة ولا سماع أقوال لأحد من الخصوم^(٢) .

التنازل عن الطعن وترك المرافعة فيه

٣١٦ — يجوز للطاعن في أية حالة كانت عليها الدعوى ترك حقه في المرافعة في الطعن . فله أن يترك طعنه بعد تقريره بقلم الكتاب فلا يملنه لخصمه في الميعاد ، كما له تركه بعد إعلان التقرير لخصمه ، إما بإثبات الترك في قلم الكتاب بتقرير

(١) أما إذا نزل السبب بالطاعن قبل إعلان تقرير الطعن ، فإن ميعاد إعلان الطعن نفسه يصبح موقوفاً (قوة ٢٤٤)

(٢) ن . م . م . ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٢١ من ٦٠)
وراجع في طريقة وصل المرافعة المقطوعة في الفقه الفرنسي في قوة ٢٤٣ وفيما يتعلق باعتبار القضية مهياً للحكم أمام محكمة النقض بتقديم كل خصم مذكرة دفاعه أو بانتهاء ميعاد تقديمها ، جارسوني ج ٦ ، قوة ٤١١ من ٧١٥ — ٧١٦ وج ٢ ، قوة ٢٢١ و ٢٢٢ وفيما يتعلق باعتبار الدعوى مهياً للحكم متى قدمت فيها الطلبات الختامية بمواجهة الطرفين تعليقات دالوز قوة ٥٠٤١ و ٥٠٤٢ و ٥٠٤٦ و ٥٠٧٢

مستقل يودع ملف الطعن ، وإما بتدوينه في مذكرة الأولى أو في مذكرة الثانية ، وإما بإثباته بحضور الجلسة . وللخصم أن يعارض في هذا الترك إذا تعلقت له بقاء الطعن مصلحة حقة ، والمحكمة أن تقضى في هذا النزاع — عند قيامه — بما تراه ، مستهدية بحكم المادة ٣٠٦ من قانون المرافعات ، فإن حكمت بإثبات ترك المرافعة كان حكمها ملغياً للمرافعة وموجباً للإلزام بالطعن بالمصاريف ^(١) ، ولكنه يبقى للطاعن الحق في رفع طعن جديد ما لم يكن قد تنازل عن أصل حقه في الطعن أو انقضى ميعاده ^(٢) .

دعوى التزوير الفرعية

٣١٧ — مادام الأصل المسلم به أنه لا يجوز بناء الطعن في الحكم لحاقته للقانون أو لخطأ في تطبيقه أو في تأويله على أسباب جديدة ، فلا يمكن الادعاء بالتزوير في الأوراق التي سبق تقديمها لمحكمة الموضوع ولم يكن قد طعن فيها بالتزوير أمامها ، لأن هذا الادعاء يكون عندئذ بمثابة إبداء سبب جديد أمام محكمة النقض وهو ممنوع قانوناً ^(٣) . إنما قد يتصور الادعاء بالتزوير لأول مرة لدى محكمة النقض إذا بنى الطعن مثلاً على وقوع بطلان جوهرى في الحكم وادعى التزوير في ورقته وتعلقت صحة الطعن وعدم صحته على ثبوت هذا التزوير وعدم ثبوته ، وكذلك إذا دفع بعدم حصول إعلان الطعن في الميعاد وبنى الدفع على تزوير ورقة الإعلان وتعلق الفصل في صحة هذا الدفع على ثبوت هذا التزوير .

وللشارع الفرنسى في مثل هذه الصور التي يجوز الادعاء فيها بالتزوير إجراءات راعى فيها إجراءات دعوى التزوير الفرعية الواردة في قانون المرافعات

(١) ن . م . م ٣١ ديسبر سنة ١٩٣١ و ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ (الحامدة ص ١٢ رقم ٣٠٤ ، ٦٠٩ ورقم ٤١٨ ص ٨٤٥ ومجلة القانون والاقتصاد ٣ رقم ٢٦ ص ١٦)

(٢) شوفين ص ٤٠٨ رقم ٢٠٥ ، وتيسيهقرة ٩٧٥ ص ٥١٧ و ص ٥١٨

(٣) تيسيه ص ٥١٦ هامش ١ و ج . ف ١٧ أبريل سنة ١٨٩٩ (س ٩٠١) —

وما يناسب وظيفة محكمة النقض ومهمتها من الاجراءات . وهي تتلخص في أن من يرد الادعاء بالتزوير في ورقة ما ، فعليه أن يستأذن من محكمة النقض في تقرير التزوير فيها بأن يودع قلم الكتاب عريضة يبين فيها الورقة التي يرغب الادعاء بتزويرها وأثرها المنتج في الطعن أو في الدفع ، ويشرح ما لديه من أدلة على تزويرها ، فيقدمها قلم الكتاب إلى المستشار للقرر فيعرض لها في تقريره الذي يرفسه إلى المحكمة ، فإن أصدرت قرارها عن أودة المشورة بالأذن أمرت الطالب بتكليف خصمه بالتقرير بأنه مصر على التمسك بالورقة أو غير مصر ، فإن قرر الخصم أنه غير متمسك بها أو فوت لليجاد المحدله لالبناء رأيه في ذلك ، طلب مدعى التزوير من المحكمة بعريضة يقدمها لها استبعاد الورقة ، أما إن أصر الخصم على التمسك بالورقة قرر الطالب التزوير بقلم الكتاب وأعلن التقرير لخصمه ، فإن رأت المحكمة تعلق الورقة للدعي تزويرها بالدعوى الأصلية أوقفت السير في هذه وأحالت دعوى التزوير إلى محكمة تختارها من المحاكم التي تكون من درجة المحكمة التي أصدرت الحكم للطعن فيه ^(١) . أما إذا رأت الادعاء بالتزوير غير منتج ، أو أن الورقة صحيحة أو مزورة ، حكمت بدم قبول دعوى التزوير أو بصدحة الورقة أو بردها وبطلانها على حسب الأحوال ^(٢) .

ونحسب أنه يمكن الاستثناء في مصر عن الرحلة التي يستأذن فيها راغب الطعن بالتزوير محكمة النقض ، ثم اتباع الاجراءات الآتية التي تقرب من

(١) وذلك عملاً بالمادة الرابعة من لائحة ٢٨ يونه سنة ١٧٣٨ ، وطبقاً للقاعدة العامة التي تمنح محكمة النقض من نظر الموضوع (على فقرة ٢٥٧ و ٢٩٢ و ٢٩٣ هامش ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ن . ف ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٢ المشار إليه بهامش ١٢ و ن . ف ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨١ (س ٨٢ — ١ — ٣٤٥ ، ٨٢ د — ١ — ١٧٩) و ن . ف ج ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (جازيت دي باليه ٦ مارس سنة ١٩٢٩)

(٢) تبينه س ٥١٦ وبهامش ٥ ن . ف ٩ فبراير سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٤ — ١ — ١٧ وتطبيق جلاسون) و ن . ف ١٧ أبريل سنة ١٩٠٥ (س ١٦٠٦ — ١ — ١٤) و ٣ يناير سنة ١٩٢٢ (س ٩٢٣ — ١ — ١٧٦) و ن . ف ج ٢٧ يولييه سنة ١٩٠٤ (س ٩٠٨ — ١ — ٥٤٩)

إجراءات دعوى التزوير القرعية عندنا وتناسب إجراءات التحقيق الكتابية التي جرى الشارع على اتباعها في قانون محكمة النقض وهي :

لمن يريد الادعاء بالتزوير في أية ورقة من الأوراق التي يجوز الطعن فيها لأول مرة أمام محكمة النقض أن يقرر التزوير بقلم الكتاب في اللمعاد للمطلى له لتقديم مذكرته الكتابية ، ثم يشرح في هذا اللمعاد أدلة التزوير في مذكرة كتابية خاصة ، وعلى خصمه الرد عليها بمذكرة خاصة كذلك ، حتى إذا أقبل باب للمرافعة يكون قد أقبل على الدعويين معاً . فان رأت المحكمة أن الورقة صحيحة ، أو أن الادعاء بتزويرها عقيم النتيجة في الطعن أو في الدفع حكمت برفض دعوى التزوير أو بدم قبولها وألزت المدعى بالفرامة القانونية وحكمت في موضوع الطعن . أما إذا رأت احتمال التزوير راجحاً وأن الأمر فيه محتاج إلى تحقيق أوقفت سير الطعن وحقيقته هي بنفسها أوندبت للتحقيق أحد مستشاريها . هذا هو ما نظنه أقرب إلى الفقه وأدنى إلى الإجراءات المنصوص عليها بقانون المرافعات^(١) .

التحقيق وسماع البيئة

٣١٨ - الأصل أن محكمة النقض لا تجرى تحقيقاً ولا تسمع بيئة ، لأن كافة الوقائع التي أثبتتها قاضي الدعوى تعتبر قانوناً أنها ثابتة بصفة قطعية ، ثم إنه لا يجوز الاستشهاد بشهود لإثبات أن المحكمة قد خالفت القانون أو أخطأت في تطبيقه أو في تأويله ، مادام المرجع الوحيد في ذلك هو ما أثبتته المحكمة في حكمها . وكذلك لا يجوز إثبات ما وقع في الحكم أو في الإجراءات من أوجه البطلان بالبيئة ، لأن إثبات ذلك لا يكون إلا من محاضر الجلسات وأوراق المرافعات التي هي أوراق رسمية تشهد بصحة ما تدون بها . هذا هو الأصل ، ولكن

(١) انظر قاضي من ٢٩٣ (في الطرين الأخيرين)

لا مانع يمنع محكمة النقض من أن تأمر بتحقيق الوقائع التي يتوقف عليها حكمها في الطعن إذا كان لا طريق لإثباتها إلا البينة . فإذا ادعى رافع الطعن مثلاً أن قوة قاهرة منته من تقرير الطعن بقلم الكتاب في اليعاد مثلاً ، أو من إعلان التقرير لخصمه في اليعاد كذلك ، فمحكمة النقض أن تسمع البينة على ذلك . وكذلك إذا ادعى رافع الطعن أنه قد طعن فعلاً ولكن تقريره قد هلك أو ضاع فمحكمة النقض تسمع البينة . وهي إذ تأمر بالتحقيق تقوم هي به أو تنتدب لإجرائه أحد قضاتها ، ويحصل التحقيق بالأوضاع المينة بقانون المرافعات ، وبعد تمام التحقيق تجرى المرافعة الكتابية بمذكرات تكميلية ، ثم تسير الدعوى سيرها المعتاد ^(١) .

الفصل الثالث

في آثار الطعن بطريق النقض

٣١٩ - آثار الطعن هي الأحكام القانونية التي تترتب على جواز رفع الطعن في حكم ما ، أو على رفع الطعن فيه بالفعل . والنظر في آثار الطعن يقتضى البحث فيما إذا كان الطعن ينقل النزاع المحكوم فيه لمحكمة النقض وفيما إذا كان يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه .

(١) قد أجازت محكمة النقض البليجية تحقيق الوقائع التي ادعاها طاعن لاثبات أن طعنه قد رفع في الميعاد وأن إعلان الحكم المطعون فيه له وقع غير صحيح (حكم ٨ فبراير سنة ١٨٦٢ . باسكريزي بلنج من ١٦١ - ٢٦٢ وشوفين من ٢٨٨) كما أجازت تحقيق الوقائع الدالة على قبول الحكم المطعون فيه وعلى حقيقة المحل التي أعلن فيه للطاعن الحكم المطعون فيه ، وذلك تحديداً لمبدأ ميعاد الطعن (حكم ٢ أبريل سنة ١٨٥٠ المشار إليه في شوفين من ٢٨٨ - ٢٨٩) .

١ - نقل النزاع لمحكمة النقض

٣٢٠ - يقال في فرنسا إن الطعن في الحكم لا ينتقل النزاع إلى محكمة النقض ، وإن هذه المحكمة ليست درجة ثالثة للتقاضى . ومظهر ذلك عندم أنها لا تحكم في موضوع الدعوى مطلقاً ، بل لا تفصل في المسألة القانونية المتنازع عليها ، فهي إذا قضت الحكم الطعون فيه تحيل القضية إلى محكمة موضوع أخرى لتفصل فيها من جديد غير متقيدة برأى محكمة النقض . وعلى هذا الأساس قيل أيضاً إنه في حالة ما يظن في حكم محكمة الإحالة بنفس الأسباب التي طعن بها في الحكم الأول ، وتبقى دوائر محكمة النقض مجتمعة بنقض الحكم الثاني ، تكون هذه المحكمة درجة ثالثة للتقاضى بالنسبة للمسألة القانونية التي فصلت فيها ، إذ في هذه الصورة تكون محكمة الإحالة الثانية مقيدة برأى محكمة النقض ^(١) .

أما في مصر فيمكننا القول بأن الطعن بالنقض ينقل القضية لمحكمة النقض باعتبارها درجة ثالثة للتقاضى في حدود النزاع على المسائل القانونية التي تعلق بها الطعن ، وفي حدود تصديها لما يبقى من مسائل النزاع متى كان الموضوع صالحاً للحكم . ذلك لأن قضاء محكمة النقض المصرية في المسائل القانونية هو - من جهة - قضاء قاطع تنقيد به محكمة الإحالة ، ولأنها من جهة أخرى تملك في بعض الأحيان التصديق للفصل في موضوع الدعوى على ما استراه مفصلاً في باب آخر من أبواب الكتاب الآتى . أما في غير هذه الحدود المتقدمة الذكر فلا يصح القول بأن محكمة النقض تعتبر درجة ثالثة للتقاضى ينتقل إليها النزاع في الطعن المرفوع لديها ؛ ذلك بأنها لا قبل طعنًا يتعلق بالموضوع ، وإذا طعن لديها في حكم لخطأ في القانون لا تتعرض في سبيل الفصل فيه لبحث موضوع الدعوى ، ولا تبحث في غير أسباب الطعن المبينة بالقرار ، وإذا قبلت الطعن لا يجوز لها التصديق للفصل في موضوع الدعوى إلا في أحوال معينة وبقيد خاصة .

(١) جلاسون وتيسيه ج ١ ص ٢٥٩ وجارسوني ج ١ فقرة ٩٤ - ٩٥ وعلى

ب — عدم وقف التنفيذ

٣٢١ — كون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض وكونه قد طعن فيه بالفعل ، كلاهما لا يمنع تنفيذه جبراً ولا يوقفه ، وقد نصت على ذلك المادة الثالثة عشرة من القانون ، وقالت المذكرة الإيضاحية « إن هذه قاعدة من التواعد المقبولة على وجه العموم في مسائل الطعن بطريق النقض ^(١) ، والفرض منها ألا يجعل هذا الطعن وسيلة من وسائل التسوية والمطل . وعلى ذلك فللمحكوم له أن يتبدى أو يستمر في تنفيذ الحكم في المياد المحدد لخصمه لرفع الطعن ، وبد تقديم الطعن ، على أن يبقى مصير هذا التنفيذ معلقاً على نتيجة القضاء في الطعن ، سواء أ كان التنفيذ مما لا يمكن رفع أثره إذا قضى بنقض الحكم المطعون فيه وترتب على نقضه إلغاء جميع أعمال التنفيذ وإجراءاته ^(٢) ، أم كان مما يسهل فيه رد الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ .

(١) كان يجوز للملك في فرنسا بمقتضى نص المادة ٢٩ من الباب الرابع من الكتاب الأول من لائحة ١٧٣٨ أن يوقف تنفيذ الأحكام المطعون فيها أمام مجله بتوقيع منه كان يسمى وقتئذ « lettre de surséance » (البندكت فقرة ٦٣٠) ثم ألغى هذا الحق بالمادة ١٦ من قانون ١٧ نوفمبر وأول ديسمبر سنة ١٧٩٠ التي نصها :

« En matière civile, la demande en cassation n'arrêtera pas l'exécution des jugements, et dans aucun cas, ni sous aucun prétexte, il ne puisse être accordé de surséance. »

(انظر فای فقرة ٢٨ ص ٥٠ وجارسونيه فقرة ٤١٣ وهوامشها)
ونص على مثل ذلك في بلجيكا بالمادة ٤٧ من قرار ١٥ مارس سنة ١٨١٥ (سيمويه فقرة ١٠٣)

(٢) فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بشطب قيد رهن مثلاً وعقد المحكوم له هذا الحكم بالتأشير بهذا الشطب في السجل ، ثم تمس الحكم وقيد الرهن رهنه من جديد ، فإن هذا القيد الجديد — إذا كان يقدم به للرهن على الرهن المقيده بين تاريخ قيد رهنه الشطب وتنفيذ المحكم الصادر بالشطب — قائم لا يقدم به على الرهن التي يتم قيدها بعد الشطب ، لأن رهنه هو كان لا وجود له وقتئذ (جارسونيه ص ٧١٩ وهامش رقم ١٢)

وينص القانون الفرنسي على حالات معينة يكون فيها مجرد كون الحكم قابلاً للطعن مانعاً من تنفيذه إلى أن يسقط الحق في الطعن باقضاء ميعاده ؛ كما ينص على حالات أخرى يكون فيها رفع الطعن هو الذي يترتب عليه وقف التنفيذ . فالمادة ٢٤١ من قانون المرافعات تأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر بمحو الورقة المزورة أو شطبها أو إعدامها ما بقي صاحبها على حقه في الطعن في الحكم بطريق النقض^(١) ، والمادة ٣٦٣ من القانون المدني (المعدلة بقانون ٢٧ يولييه سنة ١٨٨٤) تنص على أن الطعن في الحكم الصادر بالطلاق (وقد قيس عليه الحكم الصادر ببطان الزواج) يقف تنفيذه^(٢) ، والمادة الأولى من قانون ١٦ يولييه سنة ١٧٩٣ والمادة ١٥ من قانون ٩ فلورال سنة ٧ لا تسمح للمحكوم له بتنفيذ الحكم الصادر على الدولة بدفع مبلغ من النقود أو بإلغاء الحجز التي توقعتها مصلحة الجمارك على البضائع بسبب مخالفات^(٣) جمركية إلا إذا قدم كفيلًا يكفل رد الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ عند القضاء بنقض الحكم^(٤) .

وظاهر أنه لا يمكن الأخذ بفقہ هذه النصوص في مصر لأنها نصوص استثنائية لم يصح القياس عليها في فرنسا نفسها ، فن باب أولى لا يصح القياس عليها في مصر .

ويأسف الفقهاء الفرنسيون على عدم وجود نص عام يمنع تنفيذ الأحكام إذا كان تنفيذها أثناء قيام الطعن فيها بطريق النقض مما لا يمكن رفع أثره لو حكم

(١) جارسونييه ج ٦٤٤ فقرة ٢ وأيضاً ج ٢٧٤ و ٢٧٥

(٢) ويقول جارسونييه (فقرة ٤١٤ م ٧٢٠ — ٧٢١) إن المقصود من عبارة « le pourvoi sera suspensif » الواردة بهذه المادة أن كون الحكم قابلاً للطعن هو الذي يمنع من تنفيذه .

(٣) البنديكت فقرة ٦٤٣

(٤) جارسونييه فقرة ١٤٤ م ٧٢١ وقد جاء فيه أن الفرى وشركات السكك الحديدية لا يكون لها التمسك بهذه النصوص الخاصة بالجزأة العامة (راجع هامش ٨ وانظر فاي فقرة ٢٩ و م ٥١ وهوامشها)

بنقضها ، كالحكم بحل شركة أو بشطب رهن أو فسخ زواج — بأسفون ويتمنون لو أن محكمة النقض نفسها كان لها الحق في إصدار الأمر بوقف التنفيذ ، أو في اتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية لحماية الطاعن ، كاشتراط تقديم كفالة لإجراء التنفيذ أو إيداع متحصل التنفيذ بالخزانة ، كلما كان لذلك مبرر^(١) .

(١) شينون فقرة ٥٦ وفي آخر فقرة ٢٨ ص ٥٠ وتبسيه فقرة ٩٦٧ ص ٥٠٦ ولاجراسرى ص ٣٥ — ٣٦ . ويقول هذا المؤلف إن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في هولانده ولإسبانيا ، وله يميز في هولانده القضاء بالتنفيذ المؤقت رغم الطعن بطريق النقض . وقد أجازت المادة ٤٤٣ من القانون التركي لمحكمة النقض أن تنقض على وجه الاستعجال بوقف التنفيذ ، وإلزام طالبه بتقديم كفالة .

الكتاب الثالث

الاحكام التي تصدرها محكمة النقض وآثارها
وما يترتب عليها

نظرة عامة

٣٢٢ - محكمة النقض لا تتصل قانوناً بالخصومة القائمة أمامها إلا إذا قام لديها طعن رفع صحيحاً ، في الميعاد ، من شخص يصح منه الطعن بصفته التي انصف بها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الطعون فيه ، على شخص آخر كان خصماً للطاعن أمام هذه المحكمة ، في حكم يجوز الطعن فيه ، على ما سبق تفصيله في موضعه من الكتاب السابق . ولذا كان عليها أن تتحقق أولاً من صحة تقرير الطعن من حيث وقوعه في الميعاد وتوافر ما اشترط في الحكم وفي الطاعن وفي خصومه من الشروط الشكلية ؛ فإن رأت أنه معيباً في بعض ذلك قضت بعدم جواز الطعن أو بعدم قبوله أو برفضه شكلاً ؛ وإن وجدته مقبولاً شكلاً فصلت في موضوعه ، فإما رفضته وإما قبلته وقضت الحكم الطعون فيه كله أو بعضه . فإذا قضت بعدم قبول الطعن أو برفضه موضوعاً حكمت على راضيه بالمصاريف وبمصادرة الكفالة كلها أو بعضها أو بعدم مصادرتها ؛ وإذا رأت أن الطعن أريد به الكيد ، جازلها أن تحكم عليه بتعويض المدعى عليه في الطعن (المادة ٣٠ من القانون المعدل بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٣ الصادر في ١٠ يولييه سنة ١٩٣٣) . وإذا قبلت الطعن نقضت الحكم الطعون فيه كله أو بعضه وفصلت في المصاريف (المادة ٢٩) .

وإذا كان الحكم الطعون فيه قد نقض تخالفته قواعد الاختصاص اقتضت على الفصل في مسألة الاختصاص ، وعند الاقتضاء تحيل الخصوم إلى الجهة المختصة . وإن كان قد نقض لغير ذلك من الأسباب ، أحالت القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم الطعون فيه لتحكم هذه المحكمة فيها من جديد إذا طلب الخصوم ذلك منها ، وفي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي أحيلت إليها

القضية أن تتبع حكم محكمة النقض والإبرام في المسألة القانونية التي فصل فيها .
ويجب ألا يكون بين أعضاء المحكمة التي أحيلت إليها القضية أحد القضاة الذين
اشتركوا في إصدار الحكم المطون فيه .

ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم لمخالفته للقانون أو خطأ في
تطبيقه أو في تأويله ، وكانت الدعوى صالحة للحكم فيها ، جاز للمحكمة أن تطلب
الدعوى المذكورة وتحكم فيها (المادة ٢٩) .

وجميع الأحكام التي تصدرها محكمة النقض لا تجوز فيها المعارضة ، ولا يقبل
الطعن فيها بطريق الالتماس (المادة ٣٢) . لكن يجوز لمحكمة النقض أن
تصحح ما يقع في أحكامها من الأخطاء المادية ، وأن تفسرها عند الاقتضاء بما
يرفع من لبسها أو يزيل من غموضها .

الباب الاول

في الأحكام الصادرة بعدم قبول الطعن أو برفضه

٣٢٣ — الحكم بعدم جواز الطعن ، أو بعدم قبوله ، أو برفضه شكلاً ، أو برفضه موضوعاً ، ينهى قضية الطعن ويجعل الحكم المطعون فيه غير قابل للطعن آخر ، ويترتب على صدوره إلزام الطاعن بالمصاريف وجواز مصادرة الكفالة كلها أو بعضها .

٣٢٤ — (١) انتهاء القضية : أما كون الحكم ينهى قضية الطعن فعناه أنه لا تجوز فيه المعارضة ولا التماس إعادة النظر ، فقد منعت الفقرة الأولى من المادة ٣٢ المعارضة فيه ^(١) ، ومنعت الفقرة الثانية منها الطعن فيه بطريق الالتماس ^(٢) . وجاء في المذكرة الإيضاحية أن « هذه المادة ليست بحاجة لتعليل ، لأنه ينبغي أن تنتهى القضية متى فصلت فيها أعلى سلطة قضائية في البلاد ، وإن كان بعض الخصوم قد تغيب فوزرهم على أنفسهم » .

ولعل شارعنا إذ أوجب على الخصوم أن ينيبوا عنهم من المحامين القبولين أمام محكمة النقض من يودع باسمهم مستنداتهم ومذكرات بدفاعهم ، وإذ لاحظ سعة المواعيد المحددة لهذا الإيداع وكفايتها ، ولاحظ أنه لن يتعذر غالباً على محامي الخصم القيام بإيداع ما لديه من الأوراق والمستندات في الميعاد ، وأنه

(١) نصوص القانون الفرنسي صريحة في جواز المعارضة في أحكام النقض من جانب المدعى عليه إذا لم يبين محامياً أو تخلف محاميه عن تقديم مذكرة بدفاعه (مواد الفصل الثاني من الجزء الثاني من لائحة سنة ١٧٣٨)

(٢) الراجع فقهاً وقضاءً في فرنسا هو عدم جواز الالتماس (جارسونييه فقرة ٣٥٨ ص ٦٣٤ و فقرة ٤٢٠ ص ٧٢٦) وكذلك في بلجيكا (سيمونييه ص ٢١٩ و هامش ٣ و ٤)

إن أودعها ثم تخلف عن حضور جلسة المرافعة الشفوية فحسب المحكمة أن تطلع على مذكرته ومستنداته ، وأنه إن أهمل الخصم اختيار محام يقوم عنه بتقديم مذكرة بدفاعه وإيداع مستنداته فقلما يكون له عذر مقبول ، وأنه ينبغي الاعتماد على فطنة المحكمة في إصدار الحكم الصحيح في القضية حتى لو لم يقدم الخصم لها مذكرته ومستنداته ، وأنه من النادر في العمل أن يعلن الطعن للدعي عليه إعلاناً باطلا لا يصل خبره إليه ، وأنه لن يفوت النيابة العامة ومحكمة النقض نفسها الانتباه إلى ما عسى أن يقع من وجوه البطلان في الاجراءات . لعل الشارع إذ لاحظ ذلك وما يتصل به قدرجج أن عدم جواز الطعن بالمعارضة يكون أقل خطراً على حسن سير القضاء أمام محكمة النقض من فتح بابها على مصراعيه ، فرأى تحميل النائب وزير غيابها بها كانت معاذيره ^(١) .

٣٢٥ - (ب) عدم مواز رفع طعنه عليه : أما صيرورة الحكم الطعون فيه غير قابل لطعن آخر بطريق النقض ، فتؤيد بالقاعدة المشهورة « لا طعن بعد طعن » للنصوص عليها في القانون الفرنسي بالمادة ٣٩ من الباب الرابع من القسم الأول من لأئحة ١٧٣٨ ^(٢) . وقد جرت محكمة النقض الفرنسية على التشدد في الأخذ بهذه القاعدة على الرغم من عدم النص عليها في قانون ١٦ سبتمبر سنة ١٧٩١ ، ولا في قانون ٧ بريمور سنة ٤ وما تزال تقضى بعدم قبول أي طعن ثان ولو بني على أسباب أخرى ، أو كان الحكم الصادر بعدم قبول الطعن مبنياً على عدم مراعاة

(١) وقد أجازت محكمة النقض البلجيكية للدعي عليه في الطعن ، إذا نقض عليه الحكم الطعون فيه في غيبته ، أن يتجنى إليها لتسحب حكمها ونقضى بعدم قبول الطعن شكلاً ، وذلك في صورة واحدة هي صورة ما إذا كان المدعي عليه لم يعلن له الطعن أصلاً أو أعلن له إعلاناً باطلاً بطلاناً أصلياً وكان الأمر بحيث لو كانت تبينه محكمة النقض لحسكت بعدم قبول الطعن شكلاً بدلاً من حكمها بنقض الحكم الطعون فيه . ويسمى هذا الطلب بعدم « demande de restitution en entier » ولا يطلقون عليه اسم المعارضة (راجع سيموني ص ٢١٩ و ٢٣٠ وهوامها)

(٢) نص هذه المادة منشور في جرسوني ص ٧٢٦ هامش رقم ٤

الإجراءات الشكلية ، وكان ميعاد الطعن لا يزال ممتداً^(١) . فمن خسر طعنه لأنه لم يقدم صورة الحكم للطعون فيه ، ومن لم يقبل طعنه لعدم إيداعه مبلغ الكفالة أو لعدم رفضه الطعن على نحو ما يجب قانوناً ، ومن حكم برفض طعنه المبني على مخالفة القانون . كل أولئك لا يجوز لهم — في مذهب القانون الفرنسي — الطعن مرة أخرى ، ولو حصل أولهم من بعد على صورة الحكم للطعون فيه ، وأودع ثانيهم مبلغ الكفالة ، وجدد ثالثهم طعنه بطريقة صحيحة ، وبني رابعهم طعنه الجديد على سبب من نوع آخر كبطلان الحكم^(٢) .

ونحن نميل إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية من القضاء بعدم قبول الطعن الثاني إذا بني على أسباب أخرى ، استناداً إلى أن هذه الأسباب ليس من شأنها — والمعنى الجامع فيها وفي الأسباب الأولى هو مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله — أن تجعل قضية الطعن الثاني مغايرة لقضية الطعن الأول المتقضى فيها برفضه . ولكننا لا نميل إلى الأخذ بمذهبي في صورة ما إذا كان الطعن الأول قد رفض لئيب شكلي ، وكان الميعاد لا يزال موسماً فيه واستطاع الطاعن استدراك ما فاتته من تلك الإجراءات الشكلية التي استوجبت الحكم بعدم قبول الطعن الأول أو رفضه شكلاً . وعلى ذلك فن لم يقرر طعنه بقلم الكتاب ، ومن لم يودع مبلغ الكفالة قبل تقرير الطعن ، ومن لم يصح منه إعلان تقرير الطعن لخصمه في الميعاد ، ومن لم يفصل أسباب طعنه . كل أولئك يجوز لهم في مذهبنا — إذا حكم بعدم قبول طعنهم أو برفضه — أن يقدموا طعنًا آخر يستدركون فيه ما فاتهم من هذه الإجراءات ما بقي ميعاد الطعن ممتداً .

(١) جارسويه فترة ٤٢٠ ص ٧٢٧ هامش ٦ — وهذا هو مذهب الفقه والقضاء في بلجيكا (سيمونية فترة ٢١٧) . راجع في نقد هذا المذهب مقالاً للاستشار جندبين Gendebien في الباسكرزي بلج سنة ١٩٢٢ ص ٧١ .

(٢) فاي فترة ٢٥٨ ص ٢٩٤ ، وبرتروار دالوز فترة ١٩٦٩ وملحقه فترة ٤٥٥ ون . ف ٢٢ فبراير سنة ١٨٨٥ (د ٨٥ د ١ — ٣٠٧) .

٣٢٦ — على أن الحكم بعدم جواز الطعن أو بعدم قبوله أو برفضه شكلاً أو برفضه موضوعاً ، لا يجعل الحكم المطعون فيه غير قابل للطعن آخر إلا في حق من طعن من خصوم الدعوى وفي خصوص الحكم المطعون فيه^(١) . فمن لم يفلح في طعن وجهه على بعض خصومه يجوز له أن يقدم طعناً آخر على غيرهم متى كان الحق قابلاً للتجزئة وكان ميّعاد الطعن ممتداً . والحكم الصادر برفض طعن أحد طرفي الخصومة أو بعدم قبوله لا يمنع الطرف الآخر من الطعن في ذات الحكم ، ولقد قضت محكمة التقضى القرنية بأن الدائن المحكوم له — إذا خسر طعنه الذي وجهه إلى مدينه المحكوم عليه ببعض الطلبات دون بعض — لا يجوز له أن يدفع بعدم قبول طعن ورثة مدينه ، اعتماداً على الحكم الصادر برفض طعنه ، وبخاصة إذا كان هو لم يختصمهم بعد وفاة مورثهم ، فظلوا يبيدّون عن طعنه هو حتى حكم برفضه^(٢) . كذلك من قضى برفض طعنه في حكم صادر في مسألة أو في نقطة من نقط النزاع يصح له الطعن في الحكم الصادر في مسألة أخرى أو في الحكم الأخير الصادر في موضوع الخصومة ، إلا أن يكون الطعن في الحكم الثاني مبنيّاً على مجرد كونه مترتباً على الحكم الأول ، فيعتبر الحكم الصادر برفض الطعن الأول صادراً كذلك برفض الطعن الثاني . ومن صور أنه إذا طعن في حكم صادر في مسألة اختصاص ، ثم طعن احتياطياً في الحكم الصادر في الموضوع وبنى هذا الطعن على مجرد قيام الطعن في الحكم الأول ، فإن الحكم الصادر برفض الطعن الأول يجعل الطعن في الحكم الثاني متعين الرفض^(٣) .

٣٢٧ — ولا يمنع الحكم الصادر برفض الطعن أو بعدم قبوله من جواز

(١) قاضي قرة ٢٥٨ ص ٢٩٤ وجار سونه قرة ٤٤١ ص ٣٥٦ وريتروار دالوز

قرة ١٩٨٧

(٢) حكم ١٤ أبريل سنة ١٨٠٦ (أشير إليه في ريرتوار دالوز قرة ١٩٨٧)

(٣) تعليقات دالوز قرة ٥٢٢٥ وما بعدها و ج . ف ١٣ فبراير سنة ١٨٨٨

(د ٨٨ — ٣٢٠) وراجع في صور أخرى ن . ف ٢٣ يونيه سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٣)

(١ — ٤٥١ و ٤٥٥) و ج . ف ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٥ (د ٨٧ — ١ — ١٢)

الطعن في الحكم للطعون فيه بطريق الالتماس ، لاختلاف طبيعة الطعنين ومغايرة وجوههما واحتمال ظهور وجوه الالتماس بعد الحكم برفض الطعن بطريق النقض ^(١)

٣٢٨ - (ج) الزام الطاعمة بالمصاريف : إذا كانت المادة ٣٠ من قانون محكمة النقض قد صرحت بأن هذه المحكمة متى قضت بعدم قبول الطعن أو برفضه حكمت على رافع النقض بالمصاريف ، فقد أشارت المادة ٢٨ منه - فيما أشارت إلى وجوب تطبيقه في قضايا الطعون من القواعد الخاصة بالأحكام - إلى نص المادة ١١٣ من قانون المرافعات التي تميز الحكم بالمقاصة في المصاريف أو تخصيصها على الخصوم حسب ما تراه المحكمة وتقدره في حكمها . ولهذا رأينا محكمتنا تحكم أحيانا بإلزام المدعى عليه في الطعن بمصاريف دفعه التي حكمت برفضها ^(٢) ، وتحكم بقبول الطعن في جزء من الحكم وتلزم رافع الطعن مع ذلك بجميع المصاريف ^(٣) ، وتحكم في طعنين مضمومين برفضهما مع إلزام كل طاعن بمصاريف طعنه وجعل مصاريف الحكم مناصفة بينهما ^(٤) .

ولم تميز محكمتنا على ما جرت عليه محكمة النقض الفرنسية من تقدير المصاريف المحكوم بها ^(٥) في الحكم ، بل جرى العمل على أن يقدرها رئيس الدائرة المدنية بأمر يصدر عنه ويمارض فيه بالأوضاع المعتادة ، وفق المواد ١١٦ و ١١٧ و ١١٨ من قانون المرافعات ، كما جرت على تقدير مقابل أتعاب المحاماة في الحكم . أما أتعاب المحامي التي يستحقها على موكله فقد قضت محكمتنا بعدم اختصاصها

(١) فائ قررة ٢٥٨ من ٢٩٥ ودربرتوار دالوز قررة ١٩٨٢

(٢) حكم ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤١٦ من ٨٤٢)

(٣) حكم ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (مج س ٣٣ عدد ١٨٤ من ٣٥٨)

(٤) حكم ٥ يناير سنة ١٩٣٣ في الطعن رقم ٤٨ و ٥٣ س ٢ قضائية .

(٥) لم تنص لائحة سنة ١٧٣٨ عن يحكم عليه بمصاريف الطعن ، غير أن المحكمة قد سارت على الأخذ فيها بال قاعدة العامة التي تلزم من خسر الدعوى بمصاريفها ، ولكنها لم تنسج الحكم بالمقاصة فيها ولا بتخصيصها (كلرنتيه قررة ٤٨٢٨) .

بتقديرها كمتقدير مصاريف الدعوى^(١).

٣٢٩ - (د) مصادرة الكفالة: ويترب على الحكم بعدم قبول الطعن أو برفضه جواز مصادرة الكفالة كلها أو بعضها (المادة ٣٠ من قانون محكمة التقضى)^(٢).

وقد كانت المادة ١٦ والمادة ٣٠ من قانون إنشاء محكمة التقضى تنصان كلتاهما على الحكم بمصادرة الكفالة إذا رفض الطعن أو حكم بعدم قبوله ، وكان الفهم منهما أن المصادرة واجبة ، فلما اقترح تعديلها بأن يكتفى بالحكم على الطاعن بالمصاريف في حالة عدم قبول الطعن ، وألا يحكم بمصادرة الكفالة وجوبا إلا في حالة ما إذا ظهر أن الطعن قد أريد به الكيد ، لم توافق لجنة الحاقية بمجلس الشيوخ « على تطبيق الحكم بالمصاريف وبمصادرة الكفالة على كون

(١) حكم ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد ٤ رقم ٦١ ص ١٨٠ والمهامه ص ١٥ رقم ١ رقم ٢٥ ص ٤٧ ومج س ٣٥ رقم ٢٠٩ ص ٢٥٣) وبما جاء في هذا الحكم أن الفهم من المواد ١١٣ و ١١٦ و ١١٧ ومن باقي المواد الخاصة بالمصاريف وكيفية تقديرها ومن يطلب هذا التقدير ومن يطلب عليه ، وكيف تحصل المعارضة فيه ومن يكون خصما فيها ، أن الشارع إنما ألزم الخصم الذى خسر دعواه خصمه الآخر بمصاريف الدعوى ، استناداً إلى أنه هو الذى تنبئ مصادره عن هذه المصاريف كتعويض عن الضرر الذى أصاب الخصم برفضه هو دعوى مبجلة أو منازعة خصمه في دعواه الخفة . ولهذا كانت هذه المصاريف لا تشمل إلا النفقات اللازمة قانوناً والناتجة مباشرة عن رفع الدعوى وسيرها ، ووجب أن تدخل فيها بالضرورة ما تكبده المحكوم له من أتعاب محاميه ، وإن جرى العرف بأن لا يحد له منها إلا جزء يسير لا يتناسب مع مادفه لمحاميه ولا مع قيمة النزاع وأهميته ، وترتب على هذا العرف أن يحصل من كسب الدعوى مادفه لمحاميه زائداً عما قدرته له المحكمة من أتعاب على خصمه . أما أتعاب المحامى على موكله يقتضيه هو منه فلا يمكن أن تنطبق في النظر بالمصاريف ، ما دامت المحكمة لا تحكم (بالمصاريف) إلا لمن كسب الدعوى على خصمه الذى خسرها ... ثم قالت إنها لا تستطيع أن تتبع عرف بعض المحاكم المخالف للقانون ، فتمد اختصاصها إلى خصومة جديدة موضوعية صرف بين المحامى الذى خسر أمليها وموكله فتضطلع بها خصا وتعيقاً على ما تسببه محكمة الموضوع المختصة ، وليس هذا من قبيل ما عهد إليها به .

(٢) الكفالة تصبح حقا للزاتة في فرنسا بمجرد صدور الحكم برفض الطعن أو بعدم قبوله ، فالمصادرة واجبة ولا يجوز الاعفاء منها (قاضى فقرة ٢٢٦ ص ٢٦٠ وبهاش ٢ نس المادة ٣٧ من لائحة ١٧٣٨ التى فهم منه وجوب مصادرة الكفالة)

الطعن كيدياً لأن الكفالة لا علاقة لها بالكيد ، فانها شرعت لمنع الطعون المبنية على الزعونة والتسرع ، ، ولكنها وافقت على أن تكون مصادرة الكفالة كلها أو بعضها جوازية عند الحكم برفض الطعن ، ثم لم تر حاجة إلى النص على الحكم بمصادرة الكفالة في حالة كيدية الطعن اعتباراً بأن ذلك من قبيل تحصيل الحاصل ، لأن المحكمة إذا حكمت بتعويض لا يعقل أن تترك الكفالة . ولما وضع الاقتراح بمشروع القانون المعدل لأحكام قانون إنشاء محكمة النقض قالت وزارة المحاكمية في مذكرتها الإيضاحية « أما تحميم مصادرة الكفالة في حالة عدم قبول الطعن على الاطلاق ، ففيه صد للناس عن محكمة النقض ، وفيه تقييد لحرية المحكمة ، وكان يجب أن يكون لها الأمر في مصادرة الكفالة وعدم مصادرتها لأنها هي وحدها التي تستطيع تقدير موقف رافع النقض ووجاهة طئنه وعدم وجاهته ، فانه في كثير من المواقف لا يسمد الإنسان بالقانون ولكن يكون المظف عليه عظيماً والحس متبعها نحو عدالة مطلبه » . وعلى هذا ألقى قانون ١٠ يولييه سنة ١٩٣٣ المادة ٣٠ واستبدل بها مادة أخرى نصها :

« إذا قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه حكمت على رافع النقض بالمصاريف ، ويجوز لها أن تحكم بمصادرة مبلغ الكفالة أو بعضه ، وإذا رأت أن الطعن أريد به الكيد فلها أن تحكم عليه بالتعويض للدعي عليه في النقض » .

٣٣٠ - وقد جرى القضاء الفرنسي على اعتبار التقرير باثبات التنازل عن الطعن في أية حالة كانت عليها الدعوى بمثابة الحكم الصادر بعدم قبول الطعن الذي يسوغ الحكم بمصادرة الكفالة^(١) ، وجرى القضاء البلجيكي على عكس ذلك^(٢) . أما محكمتنا فقد جرت منذ إنشائها على عدم المصادرة في حالة

(١) دبرتوار دالوز فقرة ٧٨٩

(٢) ن . ف ٨ يناير سنة ١٨٣٥ (دبرتوار دالوز فقرة ٧٨٨)

التنازل أو الصلح^(١) أو ترك المرافعة^(٢) .

٣٣١ — وجرى قضاء محكمة النقض الفرنسية — عند تمدد الكفالة — على أن لا تصدر منها إلا كفالة واحدة عن كل مصلحة واحدة في الطعن . فإذا طعن إنسان في حكم صادر عليه ، وطعن دائته فيه لمصلحة مدينه ، فإن محكمة النقض — إذا حكمت بعدم قبول طعن الدائن ورفض طعن المدين — تحكم بمصادرة الكفالة التي دفعها المدين وتأذن للدائن باسترداد كفالته^(٣) . وإذا اتحدت مصلحة اثنين في طعنين اكتفت بمصادرة إحدى الكفالتين^(٤) . وإذا كان الحق غير قابل للتجزئة ورفضت بشأنه طعون متفرقة ودفع عن كل منها كفالة خاصة فإن محكمة النقض لا تأمر إلا بمصادرة كفالة واحدة^(٥) .

٣٣٢ — والمعنى لقرره من تعجيل دفع الرسوم ومن إيداع مبلغ الكفالة يلزم بالمصاريف ، ويجوز إلزامه بدفع مبلغ الكفالة كما يجوز إعفاؤه من دفعها كلها أو بعضها .

(١) ن ٢٠٠ م ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المقامة س ١٢ رقم ١٢٦)

(٢) ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ (في الطعن رقم ١ س ٢ قضائية) و ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ (في الطعن رقم ٢٣ س ١ قضائية) وراجع حكم البائرة الجنائية في ٦ فبراير سنة ١٩٣٣ وقد جاء فيه أن المادة ٣٦ من القانون (الخاصة بالنقض الجنائي) لا تحجز مصادرة الكفالة إلا في حالة الحكم بعدم قبول الطعن أو رفضه ، فما دام التنازل قد وقع قبل صدور أي حكم في النقض ، فمن المتيقن رد الكفالة . ولا محل للبحث فيما إذا كان الطعن الوارد عليه التنازل هو طعن من شأنه في ذاته أن يقبل أو لا يقبل ، ولا للقول بأن رد الكفالة لا يصح . إذا كان الطعن في ذاته غير مقبول ، بل كل بحث من هذا القبيل يكون من جهة اختياراً على ما يوجبه التنازل من عدم إمكان نظريته في الدعوى ، ويكون من جهة ثانية اختياراً على ما يقتضيه النص على عدم المصادرة إلا في حالة الحكم بعدم قبول الطعن أو رفضه (المقامة س ١٣ رقم ٥٩٤)

(٣) كاربنتيه ققرة ٤٨٠١ وحكم ١٠ يناير سنة ١٨٥٥ (س ١٠٠—١—١٥)

(٤) كاربنتيه ققرة ٤٨٠٣ وحكم ٣ أبريل سنة ١٨٣٩ (س ٣٩—١—٢٥٧)

(٥) كاربنتيه ققرة ٤٨٠٣ وحكم ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٥٣ (س ١٠٠—١—١٣٥)

و ٩ يونه سنة ١٨٥٢ (٥٤ د—١—٤٣٣) وأول أبريل سنة ١٨٨٩ (س ٩١—

٥٣٤—١) وكاربنتيه ققرة ٤٨٠٥

الباب الثاني

في الأحكام الصادرة بقبول الطعن

ونقض الحكم المطعون فيه

٣٣٣ — متى نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه فإنه يكون لحكما من يوم صدوره آثار قانونية يجب تحديدها بين من من الخصوم تكون ، من جهة ، وبالنسبة لأي جزء من أجزاء الحكم المطعون فيه من جهة أخرى . فهذا الباب يتناول إذن بحث المسائل الآتية :

(الأولى) من من الخصوم يستفيد من حكم محكمة النقض ومن منهم يحتاج به عليه ؟

(الثانية) ما الذي ينقض من الحكم المطعون فيه ؟

(الثالثة) ما الآثار التي تترتب على حكم النقض ؟

الفصل الأول

فيمن يستفيد من الحكم الصادر بالنقض

ومن يحتاج به عليه

٣٣٤ — لا تظهر آثار الحكم الناقض إلا في حق طرفي الخصومة أمام محكمة النقض . فلا يفيد منه إلا من طلب نقض الحكم المطعون فيه على الوجه الصحيح قانوناً ، ولا يضار به إلا من صح اختصاصه في الطعن ودعى للنود عن

الحكم المطعون فيه وصدر في مواجهته حكم النقض ، لا فرق في ذلك بين أن يكون النقض قد بنى على ما قدمه الطاعن من أسباب لطنه أو بنى على ما أثارته محكمة النقض من تلقاء نفسها من أسباب النظام العام^(١) .

ومن تطبيقات هذا الأصل :

(١) أنه إذا لم يعطن الخصم المحكوم بإلزامه بجزء من المصاريف في الحكم الصادر عليه بذلك ، بل كان غيره هو الذى طعن فيه وقضى بتقضه وبإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى للفصل فيها من جديد ، فإنه لا يجوز لمحكمة الإحالة اعتمادا على حكم النقض ، أن تخلى سبيل ذلك الخصم المقضى عليه بذلك الجزء من المصاريف مما قضى عليه به^(٢) .

(٢) أنه إذا حكم بتقضى جزء من الحكم المطعون فيه وإحالة الدعوى فيما يتعلق به إلى محكمة أخرى لتفصل فيه من جديد ، فلا يجوز للدعى عليه فى الطعن أن يبدى أمام هذه المحكمة ما سبق أن حكمت محكمة الموضوع برفضه من طلباته ، ما دام هو قد ترك الطعن فى جزء الحكم الصادر برفض طلباته هذه حتى اكتسب قوة الشئ المحكوم به الاتهائية^(٣) .

(١) جارسونية ققرة ٤٤٢ و ٤٤٤ وهامش ١ الأحكام المؤيدة للقاعدة وقضى ققرة ٢٦٦ و برتوار دالوز ققرة ٢٠٠٦ و ٢٠١١ و ٢٠١٣ وملحق دالوز ققرة ٤٥٦ وكاربنتيه ققرة ٤٨٤٢ وما بعدها .

(٢) كاربنتيه ققرة ٤٨٤٥ وحكم ٢٤ مايو سنة ١٨٥٤ (س ٥٥ — ١ — ٧٣٧) (٣) ننبه إلى الفترقة بين الصورة المينة فى المتن وصورة ما إذا كانت المحكمة — مع حكمها برفض دعوى المدعى — قد حكمت برفض دفع المدعى عليه وكان المدعى هو الذى طعن فى الحكم وحكم له بقبول طعنه ، حيث يكون للدعى عليه فى هذه الصورة أن يسلك بذلك الدفع أمام محكمة الإحالة ، لأن حقه فى ذلك يجدد له بمجرد خض الحكم الصادر برفض الدعوى ، ذلك بأن طعن المدعى فى الحكم الصادر برفض طلباته لا يلزم المدعى عليه — كما أسلفنا — برفع طعن فرعى عما قضى به هذا الحكم من رفض دفعه ، بل لا يميزه له لاندغام مصلحته فيه (راجع ما قلناه فى ص ٥٤٢ وهامشها رقم ١ وانظر ربرتوار دالوز ققرة ٢١٧١ والتعليق على حكم ٧ إبريل سنة ١٨٥٢ فى ٥٢د — ١ — ١٠١) .

٣٣٥ — تلك هي قاعدة الباب ، لكن القضاء الفرنسي قد رأى وجوب تمديد آثار الأحكام الناقضة إلى غير من صدرت بينهم في الأحوال الآتية :

انحمار ومبره دفاع بعضهم الخصوم أمام محكمة الموضوع : إذا تعدد الملزمون وأنكروا أصل التزامهم أو دفعوا دعوى المطالبة به بدفع عام موضوعي أو قانوني وصدر الحكم عليهم ، فإن الحكم الذي تصدره محكمة النقض في الطعن المرفوع من بعضهم بنقض الحكم المطعون فيه تتمدى آثاره إلى الباقيين . من ذلك أن توزيعاً على حسب درجات الدائنين أرصد قاضيه في قائمة التوزيع المؤقتة لحساب دين من الديون بعضاً من المال المكتسب توزيعه فنازع في ذلك جميع الدائنين ، ولما قضت محكمة الموضوع برفض مناقضتهم وباعتبار قائمة التوزيع انتهائية ، وطعن بعضهم في هذا الحكم وقضت محكمة النقض بنقضه ، اعتبرت هذه المحكمة حكمها الناقض متمدى الأثر إلى جميع الدائنين ، من طعن منهم ومن لم يطعن^(١) . وإذا طعن المدين المحجوز على ماله لدى الغير في الحكم الصادر بصحة الحجز ثم قض هذا الحكم ، فإنه يكون للمحجوز لديه المقضى عليه بالزامه بدفع دين الحاجز لعدم قيامه بالتقرير بما في ذمته أن يستفيد من حكم النقض ، ولو لم يكن طرفاً فيه^(٢) .

تعبئة بعضهم الخصوم بعضهم وصدر الحكم بقبول وجه طعن مقرر من أحدهم : إذا كان وجه الطعن (الذي قبل واقتضى قض الحكم المطعون

(١) ن . ف ٢٦ يونيو سنة ١٨٥٢ (٥٢ د — ١ — ٢٩٨) وقاضى قسرة ٢٦٦ وهامش ٩ وتعليقات دالوز قسرة ٥٢٦١

(٢) هذا المثال يبدو غريباً في مصر ، لأن تكليف المحجوز لديه بالتقرير بما في ذمته يكون في فرنسا بدعوى ، وهذه الدعوى يجوز ضمنها (وكثيراً ما تضم) لدعوى صحة الحجز إذا كان الحجز تنفيذياً . أما في مصر فإذ كانت إجراءات التقرير بما في الذمة لا تبدأ إلا بعد الحكم نهائياً بصحة الحجز التحفظي ، وإذا كان الحجز التنفيذي لا ترفع بطلب صحة دعوى ما ، فالقول بأن المحجوز لديه يعتبر خصماً يستفيد من الحكم الصادر لمصلحة خصم آخر ، لا يكون مستقيماً في مصر ، كما جاز أن يستقيم في فرنسا .

فيه) مقدماً من أحد المحكوم عليهم وخصاً به ، وكان بين مركز رافع الطعن ومركز غيره ارتباط أو تبعية un lien de dépendance بحيث لا يستقيم عقلاً اعتبار الحكم الناقض مقصور الأثر على الطاعن ، فانه يكون لهذا الغير الذي لم يظن في الحكم — أو الذي ظن وأقام طعنه على وجوه آخر — أن يستفيد من حكم النقض الذي صدر لمصلحة الطاعن ، لاعتبار الحكم المظنون فيه منقوضاً لمصلحته كذلك^(١) .

ومن أمثلة هذه القاعدة أن صانعاً ألحق ما استأجره من الآلات الصناعية بمصنعه ، ثم رهن المصنع واختلف مع مؤجره ، ولما طالبه المؤجر بفسخ عقد الاجارة وتسلم الآلات دفع الدعوى بأن العقد بيع ، أو أنه كان إجارة ابتداء ثم صار بيعاً انتهاء ، وزعم المرتهن — وقد تدخل خصماً ثالثاً — أنه ارتهن المصنع بآلاته التي التفتت به ، وصار لا وجه لطلب تسلمها سواء أكان العقد بيعاً أم كان إجارة ، فحكمت محكمة الدرجة الأولى بطلبات المدعى على اعتبار أن العقد عقد إجارة ، فاستأنف المستأجر والمرتهن هذا الحكم ، كل منهما استئنافاً مستقلاً ، وأضاف المرتهن إلى ماتمسك به لدى المحكمة الابتدائية ما محصله أن عقد الاجارة غير ثابت التاريخ فلا يصح الاحتجاج به عليه ، فحكمت محكمة الاستئناف بحكم واحد بتأييد الحكم المستأنف بأسبابه ؛ فظن المستأنفان في هذا الحكم ، وكان مما أقرد المرتهن بالطعن به أن محكمة الاستئناف خالقت القانون في اعتبارها عقد الاجارة عقداً جائزاً الاحتجاج به عليه بالرغم مما أبداه من عدم جواز ذلك لعدم وجود تاريخ ثابت لهذا العقد ، وأن الحكم المظنون فيه خال من الأسباب التي كان يجب أن ترد بها المحكمة على هذا الوجه الجديد الذي قدمه لدى محكمة الاستئناف ، فبحثت محكمة النقض هذا الشق الأخير من وجه الطعن وقضت الحكم المظنون فيه على موجهه ، وأحالت القضية برمتها لمحكمة موضوع أخرى

ليحكم فيها بين الخصوم جميعاً ، لما بين مركز المرتهن والمستأجر من تبعية وارتباط^(١) .

ملاحظات عدم التجزئة والتضامه والضمارة : وقد جرى القضاء الفرنسي على اعتبار الأحكام الناقضة متعدية الأثر إلى غير من صدرت بينهم ، في حالات عدم التجزئة والتضامن والضمان . فمن كان خصماً أمام محكمة الموضوع وتوفقت عرى المصلحة الواحدة بينه وبين الطاعنين في الطعن — بحيث يتعذر القول بنقض الحكم المطعون فيه في حق من شهد الخصومة أمام محكمة النقض فحسب — فانه يتعدى إليه أثر نقض الحكم ، ولو لم يكن قد حضر الخصومة أمام محكمة النقض^(٢) .

ومن صور ذلك : شركة مساهمة أشهر تفليسا ، ثم سئل مديرها عما قصر فيه من عدم ملاحظة وقوع الاكتتاب بالقدر الواجب من رأس مالها عند إنشائها ، وسئل مراقبها عن تقصيره في إحاطة جمعية المساهمين علماً بحال الشركة ، فحكم عليهما متضامنين بالتضمينات . طعن المراقب في هذا الحكم وكان من أسباب الطعن مخالفة الحكم للقانون وقصوره عن بيان ما اعتبر به الطاعن مخطئاً ومقصراً هذا التقصير الذي اقتضى الحكم عليه بالتضمينات ، فقبضت محكمة النقض هذا الطعن وصرحت في حكمها بأنها قضت الحكم المطعون فيه في حق مراقب الشركة وفي حق مديرها لصدور الحكم عليهما بالتعويض متضامنين^(٣) .

وأخذ القضاء المصري بهذا الاستثناء في أحوال وحدة المصاحبة والتضامن وعدم التجزئة مشهور تقيض به المجلات القضائية المختلفة . وكثيراً ما قضت دائرتنا الجنائية بأن للمحكوم عليهم الذين لم يقدموا أسباباً لطعنهم أن يستفيدوا

(١) ن . ف ٢١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ (٨٥ د - ١ - ٣٦٤) .

(٢) ملحق دالوز ققرة ٤٦٥ وفأى ققرة ٢٦٦ ون . ف ٢٥ يونيو سنة ١٨٨٣

(س ٨٤ - ١ - ١١٠)

(٣) ن . ف ٤ يونيو سنة ١٨٨٣ (س ٨٤ - ١ - ١١٢)

من طعن أحدهم المقبول شكلاً وموضوعاً لوحدة المصلحة القائمة على وجوب تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً^(١) ، وبأن التهم الذي لم يقدم أسباباً لظنه يستفيد من قبول طعن غيره إذا اتحد مركزها وصالحهما في الاتهام^(٢) ، أو كانت تهمة الاثنين واحدة وغير قابلة للتجزئة^(٣) ، أو كانت الواقعة لا عقاب عليها^(٤) ، أو كانت تهم المتهمين جميعاً مترتبة بعضها ببعض^(٥) ، كما قضت بأن الشريك بالاتفاق والمساعدة يستفيد من نقض الحكم بالنسبة للفاعلين الأصليين ، ولو لم يقدم تقريراً بأسباب النقض في الميعاد^(٦) .

أما في حالة الضمان ، فقد ثبت القضاء الفرنسي على أنه متى ارتبطت دعوى الضمان بالدعوى الأصلية وصارت تابعة لها ، وأصبح الحكم في إحداها فرعاً عن الحكم في الأخرى ، فإن الحكم الصادر لمصلحة الضامن بنقض الحكم المطعون فيه في الدعوى الأصلية يعتبر صادراً كذلك لمصلحة المضمون في الدعوى الأصلية^(٧) ، والحكم الصادر لمصلحة المضمون يعتبر لمصلحة ضامنه أيضاً^(٨) ، فإن لم ترتبط الدعويان إحداها بالأخرى انحصرت آثار الطعن بين من كانوا خصوماً فيه^(٩) . أما دائرتنا المدنية فقد أعلنت مذهبها في حالة الضمان بحكم أصلته في ٢٣ مارس

(١) ن . م . ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ (الحاماة س ٩ ص ٤٩٣)

(٢) ن . م . ٢٥ مايو سنة ١٩٢٧ (الحاماة س ٨ ص ٢٩٣)

(٣) ن . م . ٨ مارس سنة ١٩٢٧ (الحاماة س ٨ ص ٢٨٣)

(٤) ن . م . ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (الحاماة س ٧ ص ٥٦٣)

(٥) ن . م . ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ (الحاماة س ٤ ص ٤٣٣)

(٦) ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ (الحاماة س ٩ ص ٤٩٣)

(٧) فإى قررة ٢٦٦ ون . ف . ١٢ يونيو سنة ١٩٨٣ (د ٨٤ — ١ — ٧٢) ون . ف . ٩ أبريل سنة ١٨٨٤ (س ٨٤ — ١ — ٢٣٧) ون . ف . ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ (د ٩٠٥ — ١ — ٣١٥ القضية الراجعة) وتعليقات دالوز قررة ٥٢٧٠ إلى ٥٢٨٣ وكرابنتيه قررة ٤٨٥٣ وما بعدها .

(٨) ن . ف . ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨٦ (س ٨٧ — ١ — ٤٢٥) وكرابنتيه ٤٨٥٧

(٩) ن . ف . ١١ يولية سنة ١٨٨٢ (س ٨٥ — ١ — ١٤) وكرابنتيه ٤٨٥٩

ون . ف . ١١ يولية سنة ١٨٧٠ (د ٧١ — ١ — ٢٦) وقد أشير إلى الحسكين في تعليقات دالوز قررة ٥٢٨٢ و ٥٢٨٣ .

سنة ١٩٣٣ قالت فيه : إنه متى تعين قبول الطعن من المضمون في الدعوى الأصلية وتقض الحكم الصادر فيها وجب قبول الطعن للقدم من الضامن في دعوى الضامن وتقض الحكم الصادر فيها كذلك ، وهذا بصرف النظر عما قدمه هو في طعنه من أسباب وبغير حاجة إلى بحثها^(١).

الفصل الثاني

في تحديد ما ينقض من الحكم المطعون فيه

٣٣٩ — قد يطن في الحكم كله أو بعضه ، وقد ينقض الحكم كله أو بعضه كذلك . فيكون النقض جزئياً إذا طعن أحد أصحاب الشأن في الحكم وقبله الآخرون ، أو كان الطعن في بعض أجزاء الحكم دون بعض ، أو كانت محكمة النقض لم تقبل من أسباب الطعن في الحكم كله إلا ما تعلق بجزء منه . ويكون النقض كلياً إذا تعلق وجه الطعن الذي قبل بالحكم كله ، كما إذا كان سبب النقض وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات المؤثرة فيه .

وكثيراً ما تصحح محكمة النقض في منطوق حكمها عما تكون قد قضت بنقضه من الحكم للطعون فيه ، فتنص مثلاً على أنها حكمت بنقض الحكم فيما قضى به من رفض طلب الفوائد أو من إلزام المحكوم عليهم متضامين . فإن لم تصحح عن ذلك فسبيل معرفة ما تقض وما لم ينقض ، إنما هو الرجوع إلى حكمها نفسه

(١) ن. م. م. ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١١٢ ص ١٠٥ ، اقرأ آخر الحكم س ١٠٩ — ١١٠) وقرأ حكماً آخر في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ قررت فيه المحكمة أنه إذا رُفِضَ دعوى على إنسان ، فرفض هو دعوى فرعية ليجب بها بصفة احتياطية على الدعوى المرفوعة عليه وارتبطت الدعويان ثم نقض الحكم في الدعوى الأصلية المرفوعة عليه ، فإن ذلك يترتب عليه نقض الحكم الصادر في الدعوى الفرعية المرفوعة منه (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٩ ص ٩٢)

ومقارنة منطوقه وأسبابه بأسباب الطعن وطلبات الخصوم ، والأخذ عند هذه المقارنة بقواعد حجية الشيء المحكوم به^(١) . فإن خفيت أعلام الطعن وتنكرت معالنه ونغم الحكم ونُغميت مسالكة تعين الرجوع إلى محكمة التقضى لتبديى هى مكنون حكمها وتبرز دخلته وتكشف عن منهاجه^(٢) ، وإلا حل التقضى على إطلاقه واعتبر الحكم المطعون فيه منقوضاً كله^(٣) .

وقاعدة الباب هى أن التقضى لا يتناول من الحكم المطعون فيه إلا ما تناولته منه أسباب الطعن التى حكم بقبولها وببى التقضى على أساسها^(٤) .

٣٣٧ — فإذا كان الحكم متعدد الأجزاء ، وكان لكل جزء موضوعه وسببه متميزين ومستقلين عن موضوعات الأجزاء الأخرى وأسبابها ، وكان الطعن فى بعضها دون بعض ، فإن التقضى — مهما تكن صيغة الحكم الصادر به — لا يكون إلا جزئياً لا يتناول من الحكم المطعون فيه إلا ما تناولته منه

(١) فائ قرة ٢٦٣ من ٢٩٨ وإذ لا سبيل للطعن فى الأحكام التى تصدرها محكمة التقضى ، فإن حكمها — إذا قضى خطأً بتقضى ما لم يشله الطعن من أجزاء الحكم المنقوض — يفيد محكمة الاحالة ويجعلها مختصة بنظر ما أحيل إليها الفصل فيه من أجزاء الدعوى التى تناولها حكم التقضى خطأ .

(٢) المرجع السابق ون . ف ١٧ يونيه سنة ١٨٥٠ (د ٥٠ — ١ — ١٩٣) ورفع طلب التفسير إلى محكمة التقضى بالكيفية التى يقدم بها الطعن ، أى يقرر طالب التفسير رأيه بقلم الكتاب وطلب الحكم بصحته ، وطعن الطلب للنقض ، ثم يحضر تحضير الطعن ويقدم للجلسة . وظاهر أن محكمة التقضى قد لا تستجيب إلى طلب التفسير ، على أنها إذا رفضت الطلب فإن حكمها فيما تضمنه من بيان وجه الرأى يجب الاتهام به .

(٣) فائ قرة ٢٦٤ من ٢٩٩

(٤) ربرتوار فالورز قرة ٢٠١٤ وملحقه قرة ٤٦٣ ون . ف ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٥ (د ٩٦ — ١ — ٢٢٩) وسيموتيه من ٢٢٩ وهوامقها . وتقول محكمتنا فى حكمها الصادر فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ إنه إذا كان الحكم المطعون فيه متعدد الأجزاء وكان وجه الطعن متعلقاً بجزء منه ببينه ورأت المحكمة قبول هذا الوجه ، فهذا القبول لا يتسع لأكثر مما شمله الطعن (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٢ من ٦ وما بعدها واللمامة س ١٦ رقم ٢٠٣ من ٤٦٣)

محكمة النقض وقبلته ، بناء على أسباب الطعن المفصلة في تقريره ^(١) . فإذا حكم برفض ما دفع به من عدم الاختصاص أو عدم الصفة ، وبطلبات المدعى في الموضوع ، وطعن في الحكم الصادر في الموضوع ، فإن النقض لا يكون إلا في هذا الجزء الأخير بحسب ^(٢) . وكذلك يكون النقض جزئياً إذا كان مبنى الطعن هو خلو الحكم الصادر في أحد الطلبات من ذكر الأسباب التي بنى عليها ^(٣) . ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية في ذلك أن محكمة اعتمدت حساباً أدخلت فيه مبلغين على خلاف مقتضى حكم سابق ، ثم طعن في حكمها بمخالفتها لحجية الشيء المحكوم به في هذين المبلغين فنقض الحكم وأحيلت الدعوى إلى محكمة أخرى . فلما فصلت محكمة الاحالة في الدعوى كلها من جديد على أساس أن هذا النقض قد شمل الحكم كله وطعن في حكمها لدى محكمة النقض ، قضته هذه المحكمة وذكرت في حكمها أنها لم تنقض بحكمها الأول إلا ذلك الجزء الخاص بالمبلغين اللذين أدرجا في الحساب على خلاف مقتضى ذلك الحكم الاتهائى السابق المشار إليه في حكم النقض الأول ^(٤) .

ومنها أن محضراً طوّل بدفع مبلغين على سبيل التعويض ، أحدهما قيمة دين أضعاه بإهماله على صاحبه ، والثاني قيمة ما يستحقه الخصم من التعويض لتأخر المحضر في دفع قيمة هذا الدين له من يوم طلبه منه . قضت المحكمة بالمبلغين

(١) جارسونيه ص ٦٦٣ هامش ١٢ وفأى فقرة ٢٦٤ ص ٢٩٩ ع . ف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٧١ (د ٧٢ - ١ - ٩٢) ع . ف ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٦ (د ٩٧ - ١ - ١٩٠) .

(٢) كاربنتيه فقرة ٤٨٦٩ ون . ف ٢٧ مايو سنة ١٨٣٧ (س ٣٨ - ١ - ١٨٦) . ونوجه النظر إلى الفرق بين هذه الحالة وحالة ما إذا كان حكم برفض الدفع ورفض الدعوى وكان المدعى هو الذى طعن في الحكم الصادر برفض دعواه ثم قض الحكم فانه يترتب على نقضه نفس القضاء برفض الدفع (راجع ما قلناه عن هذه الصورة في ص ٦٥٢ بالهامش)

(٣) كاربنتيه فقرة ٤٨٧٠ و ١٣ مارس سنة ١٨٢٨ (مجموعة فيلنيس ص ٢٨ من ٥٢)

(٤) ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٠ (س ٧٠ - ١ - ٢٨٨) وأشير إليه في

كاربنتيه فقرة ٤٨٧٣

جملة واحدة ، فطعن في جزء هذا الحكم الخاص بالمبلغ الثاني ، فنقضته محكمة النقض بصيغة عامة ، وفهمت محكمة الإحالة أن النقض قد شمل الحكم كله ، وحكمت في الدعوى من جديد على هذا الأساس . فلما طعن في هذا الحكم نقضته محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها إنه لا ينبغي الاعتداد في تحديد ما تنقض من الحكم بظاهر ما جاء في نصه من القضاء على المحضر بإلزامه بدفع مبلغ واحد (هو مجموع المبلغين) ما دام ظاهراً من أسبابه أن كلاً من المبلغين المطلوب الحكم بهما على سبيل التمويض كان مستقلاً عن الآخر في موضوعه وقدره وسببه ، فجمعهما في الطلب والحكم بمجموعهما لا يمحلان الحكم واحداً إذا نقض أحد أجزائه نقض باقيه . ثم قالت استطراداً في الاستدلال إن محكمة الموضوع الأولى قد لاحظت استقلال كل طلب عن الآخر ، إذ قررت ثبوت الحق للمحضر في الرجوع على غريم خصمه بما قضى عليه هو به من قيمة أحد الدينين ^(١) . ومنها دعوى استحقاق أدخل فيها المدعى عليه بائنه ضامناً له وأدخل هذا الضامن ورثة بائنه ضامناً له كذلك ، وحكمت محكمة الاستئناف بإخراج بعض الورثة من دعوى الضمان الثانية لعدم صحة إعلاتهم بالدعوى وحكمت في الدعوى الأصلية بطلبات المستحق وفي دعوى الضمان الأولى بإلزام المدعى عليه فيها بالضمان ، وفي دعوى الضمان الثانية بإلزام الورثة الباقين في الخصومة لضامنهم ، فطعن هؤلاء الورثة في الحكم وادعوا أنهم قد أُلزموا بمبلغ الضمان كله مع وجوب عدم إلزامهم إلا على نسبة حصصهم في الميراث ، فقبل الطعن ونقض الحكم ، ولما أعادت محكمة الإحالة نظر الدعوى حكمت فيها بإلزام الورثة جميعاً بالضمان ، على اعتبار أن حكم النقض قد تناول دعوى الضمان الثانية بجميع أجزائها وبالنسبة لجميع الورثة من أخرج منهم ومن بقي ، فطعن في هذا الحكم من سبق إخراجهم ، فنقضته محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها : إنه وإن كان يظهر من صيغة حكم النقض

(١) ن . ف ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٨ (أشير إليه في كارينيه هرة ٤٨٧٥)

الأول أن النقض قد تناول الحكم المطعون فيه كله ، إلا أنه مع ذلك يجب أن لا يمتد أثر النقض إلى جزء الحكم القاضي بإخراج من أخرجهم من وريثة الضامن الثاني لعدم صحة إعلاتهم بدعوى الضمان ؛ ذلك لأن الطعن الأول من باقى الورثة لم يكن قد تناول هذا الجزء من الحكم من جهة ، ولأن مضمونهم الذى أدخلهم فى الدعوى وكان صاحب المصلحة فى الطعن فى هذا الجزء من الحكم القاضى بإخراج من أخرجوا ، لم يطن من جهة أخرى فى هذا الجزء من الحكم فاكسب بذلك قوة الشيء المحكوم به^(١) .

وهكذا كلما كان الحكم المطعون فيه متعدد المسائل ، وكانت كل مسألة منها منفصلة ومستقلة عن الأخرى اتصالاً واستقلالاً يجوز معهما أن يقع الحكم فى إحداها بالإيجاب وفى الأخرى بالسلب ، فإن أثر النقض ينحصر فى جزء الحكم الذى نقض . أما الأجزاء الأخرى فيبقى الحكم فيها على ما صدر به^(٢) .

ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنه إذا طعن فى حكم لمخالفته للقانون ورأت المحكمة عدم صحة وجوه الطعن إلا فيما قضى به هذا الحكم فى المصاريف فإن أثر النقض ينحصر فى القضاء فى المصاريف فقط^(٣) . وكذلك ما قالته محكمتنا — فى طعن على حكم كان متعدد الأجزاء والمسائل ، ولم تقبل من وجوه الطعن إلا ما تعلق بالفوائد المحكوم بها — من أنها إنما تنقض الحكم المطعون فيه فى جزئه الخاص بطلب الفوائد وتعيد الدعوى إلى المحكمة التى أصدرته للفصل فى هذا الجزء من جديد^(٤) .

٣٣٨ — أما إذا كان الحكم متعدد الأجزاء أو للمسائل التى فصل فيها ، وكان بين بعض أجزائه أو مسأله من الارتباط ما لا يسمح بتبويضه لوطن فى

(١) ن . ف ١٤ أبريل سنة ١٨٨٥ (س ٨٧ — ١ — ٣٠ و د ٨٥ — ١ — ٤٠١)

(٢) ف ٢٦٤ و ربرتوار دالوز قرة ٢٠٦٥ و جارسونيه س ٧٦٣ هاش ١١ وتعليقات دالوز من قرة ٥٣٩٠ إلى ٥٣٩٥

(٣) ن . ف ١٤ أبريل سنة ١٨١٧ (أشيد إليه فى ربرتوار دالوز قرة ٢٠٦٦)

(٤) ن . م ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (مج س ٣٣ رقم ١٨٤ س ٣٥٨)

جزء مبيته من أجزائه أو في مسألة بخصوصها من مسائله ، فإن النقض المقضى به لا ينحصر أثره فيما تناولته أسباب الطعن من هذه الأجزاء أو تلك المسائل فحسب بل يمتد أثره إلى ما ارتبط بها أو تبعها من الأجزاء الأخر ولو لم يطن فيها أو لم يذكرها حكم النقض على وجه التخصيص^(١).

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

(١) محكمة أبطلت بيعاً وألزمت للتبايعين بالتراد : المشتري يرد ثمرات المبيع من يوم رفع الدعوى اعتباراً بما استظهرته من حسن نيته في وضع اليد ، والبائع يرد فوائد ما قبض من الثمن كذلك من يوم رفع الدعوى ، فطعن البائع بخطأ الحكم فيما قضى به من جعل يوم رفع الدعوى مبدأ لإلزام المشتري برد الثمرات ، فنقض . فلما حكمت محكمة الاحالة في الدعوى من جديد بإلزام البائع بفوائد الثمن من تاريخ آخر غير التاريخ الذي حكمت محكمة الموضوع الأولى بمجريان الفوائد منه ، طعن البائع في حكمها مدعياً أن النقض كان جزئياً مقصور الأثر على ما طعن هو فيه ، فرفض طعنه بناء على ما استظهرته محكمة النقض من أسباب حكم محكمة الموضوع الأولى الدالة على أن هذه المحكمة كانت قد ربطت بين قضائها بإلزام المشتري برد الثمرات وقضائها بإلزام البائع بفوائد الثمن ، وذلك بتوحيد مبدأ الإلزامين وسجبه إلى يوم رفع الدعوى ، فكان من أثر هذا الربط والارتباط ما جعل النقض متعدداً الأثر إلى المشتري وإلى ما حكم له به من الفوائد على بائعه^(٢).

(٢) بضاعة أتمن عليها عند نقلها وأصابها تلف أثناء النقل فطلب مرسلها الحكم له بالتضمنات على شركة التأمين وشركات النقل بدعوى رفعها عليها جميعاً أمام المحكمة التي كان يقيم في دائرة اختصاصها أمين النقل الأخير ،

(١) جارسونية ص ٢٦٣ وحامش ١٠ وقاى فقرة ٢٦٦ ودرر توار دالوز فقرة ٢٠٦٩ وملتقى دالوز فقرة ٤٦٤ ون . ف أول يولييه سنة ١٨٩٦ (د ٩٨ - ١ - ٣٩٧) وتيسيه ص ٥٢٤ وبهامش ٤ من الأحكام ما يتبدى من سنة ١٨٨٣ لغاية سنة ١٩٢٧
(٢) ن . ف ١٧ نوفمبر سنة ١٨٦٨ (س ٦٩ - ١ - ١٢٠) وأشير إليه في كاربنتيه ٤٨٧٦)

فحكمت المحكمة بإلزام شركة التأمين وهذا الأمين بالتضمينات ، ودفعت شركة التأمين أمام محكمة الاستئناف بدم اختصاص المحكمة بالنسبة لما احتججاً بأن أساس مساءلتها عن التضمينات هو عقد التأمين ، وهو غير عقد النقل الذي أسست عليه الدعوى الموجهة إلى أمين النقل ، فالدعويان منفصلتان والواجب في كل منهما رفعها أمام محكمة المدعى عليه ، فحكمت محكمة الاستئناف بدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى بنظر الدعوى المرفوعة على شركة التأمين وقضت في الموضوع بالتضمينات على أمين النقل . فطعن المدعى فيما قضى به هذا الحكم من عدم الاختصاص واختصم في طعنه جميع المدعى عليهم ، فنقضته محكمة النقض اعتماداً على أن الطاعن برفعه الدعوى على جميع المدعى عليهم واعتبارهم مسؤولين له عن تعويض ما تلف من بضاعته لتأمين المحكمة من تجنب مساءلته منهم عن هذا الفعل الضار وتحدد مدى مسؤوليته ، قدر يبط بذلك بين المدعى عليهم جميعاً وبين دعاواه عليهم كذلك ، ولهذا قالت إنها إذ تنقض الحكم الصادر لمصلحة شركة التأمين تنقضه في حق جميع الخصوم ، وتعد أثر النقض إلى الحكم الصادر في الموضوع على أمين النقل الأخير^(١) .

(٣) حكم غيابي عورض فيه واستؤنف ، ثم استؤنف الحكم الصادر بدم قبول المعارضة ، ونظرت محكمة الاستئناف الاستئنافين معاً ، فقضت فيهما بإلغاء الحكم الصادر بدم قبول المعارضة وبقبولها ، ثم بدم قبول الاستئناف المرفوع عن الحكم الغيابي لرفعه قبل نظر المعارضة . طعن خصم الغائب في هذا الحكم ، وبنى طعنه على أن المعارضة غير مقبولة ، وأنه كان ينبغي لمحكمة الاستئناف أن تحكم بدم قبولها ، فقضت محكمة النقض بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه . فلما أعيد نظر الدعوى أمام محكمة الاحالة دُفع أمامها بأن الحكم المطعون فيه لم ينقض منه إلا جزؤه الذي تعلق به وجه الطعن وهو الخاص بالمعارضة وبدم سمحها ، فقضت

تلك المحكمة بأن الحكم الناقض قد تناول بالضرورة الجزء الخاص بعدم قبول الاستئناف للرفع عن الحكم النهائي قبل أوانه ، وأنها — إذ أحييت إليها الدعوى للفصل فيها — قد صارت مختصة بنظر الاستئناف من جديد لما بينهما من ارتباط وتلازم^(١) .

(٤) ومنه أن نقض الحكم الصادر في طلب فسخ عقد يقتضى نقض الحكم الصادر في طلب التضمنات المترتبة على هذا الفسخ^(٢) . ونقض الحكم بالدين يترتب عليه نقض الحكم بالفوائد^(٣) . ونقض الحكم الصادر باعتبار خصم مكلفاً بالإثبات يجعل الحكم المترتب عليه الصادر بتعيين خير لتحقيق ما وقع التكاليف بإثباته منقوضاً^(٤) . ونقض جزء الحكم المعين لتاريخ انقضاء شركة يقتضى نقض جزئه التعلق بما إذا كان ما دفعه أحد الشركاء يدخل أو لا يدخل في حساباتها^(٥) . ونقض الحكم في موضوع القضية يترتب عليه نقضه بالنسبة للمصاريف^(٦) .

هذا وقد لا تقبل محكمة النقض إلا وجهاً خاصاً بجزء من أجزاء الحكم المطعون فيه ومع ذلك تدل صيغة حكمها وظروف صدوره على أن النقض قد تناول الحكم المطعون فيه كله في حق جميع الخصوم . مثاله : حكم صدر في الدعوى الأصلية لمصلحة مدعيها ، وفي دعوى الضمان بإلزام بعض الضامين وإخراج البعض الآخر ، فطن من حكم عليهم من الضمان في الحكم وأدخلوا المدعى الأصلي

(١) حكم محكمة بوردو في ٩ مارس سنة ١٩١٠ (د ٩١٠ — ٢ — ٣٨١) وأشير إليه في تعليقات دالوزقرة ٥٢٦٨

(٢) ن . ف ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ٣٧٢)

(٣) ن . ف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٧١ (د ٧٢ — ١ — ٩٢)

(٤) ن . ف ٤ يناير سنة ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ١٢٤)

(٥) ن . ف ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ (د ٧٨ — ١ — ٢٩٥)

(٦) ن . ف ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ (د ٩١ — ١ — ٣٦٩) و ٢ أغسطس

سنة ١٩٠٩ (د ٩١٠ — ١ — ٣٢٨)

ومدعى الضمان وأولئك المحكوم باخراجهم ، قبل وجه الطعن الخاص بما قضى به على الطاعنين وأحيلت الدعوى إلى محكمة أخرى ، قهضت هذه المحكمة من صيغة حكم النقض ، وبما جاء به من أن محكمة النقض لم تر محلا لبحث وجوه الطعن الأخرى ، التي بحث فيها أساس طلبات مدعى الضمان ، أن حكم النقض قد شمل الحكم المطعون فيه كله ، وأنه يجوز لها بناء على ذلك أن تفصل في الدعوى برمتها في حق جميع الخصوم ^(١) .

الفصل الثالث

في الآثار المترتبة على نقض الحكم

تتلخص آثار نقض الحكم في أن الخصومة تعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدوره وأنها تصبح بحاجة إلى الفصل فيها من جديد .

الفرع الأول

في عودة الخصومة إلى ما كانت عليه قبل الحكم

٣٣٩ — كما أن الحكم الصادر برفض الطعن ينهى الخصومة على مقتضى الحكم المطعون فيه ، فحكم النقض يعيدها إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويعيد الخصوم إلى مراكرهم الأولى فيها كذلك ^(٢) .

(١) حكم محكمة استئناف بواتيه في ٢٢ مايو سنة ١٨٨٠ (٨٠ د - ٢ - ٢٣٩)

(٢) جارسونيه ققرة ٤٤٣ من ٨٥٨ وما بعدها وهوامعها ، وقاضى ققرة ٢٣١ و ٢٦٠ ودرتوار دالوز ققرة ٢٠١٤ وتيسيه من ٥٢٣ وهوامعها وتعليقات دالوز ققرة ٥٢٨٤ - ٥٢٩٤ .

وهذه نتيجة ضرورية تترتب على صدور حكم النقض ، صرح بها الحكم ولم يصرح . وقد جرت محكة النقض الفرنسية على التصريح بها في أحكامها بما نصه : حكمت المحكة بنقض الحكم وإعادة القضية والخصوم إلى مثل ما كانت وكانوا عليه قبل الحكم المنقوض :

“ Remet la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant l'arrêt cassé.”

٣٤٠ — ونقض الحكم يقتضى فسخه أى زواله واعتباره كأن لم يكن^(١) ، وسقوط ما أسره وما قرره أو رتبته من الحقوق بين طرفيه . فمن حكم له بنقض الحكم الصادر عليه بأمر ككلف يمين أو بإجراء عمل كإقامة جدار أو سد نافذة أو إزالة بناء ، أو بعدم إجرائه ، أو بقضاء دين أو بتقرير حق ارتفاق ، فإنه يصبح كأن لم يقض عليه بشئ من ذلك . والمحكوم عليه بتثبيت ملكية خصمه لعقار في يده هو وإلزامه برده إليه ، يعود إلى سابق حقه في الملك كما يعود المحكوم له إلى سابق مزاعمه فيه^(٢) .

٣٤١ — ويترب على اعتبار الحكم المنقوض كأن لم يكن صيرورته غير قابل للتنفيذ وغير صالح لأن يبنى عليه حكم آخر^(٣) . فإذا قدم الحكم للنقض للتنفيذ ، وجب على المحضر الامتناع عن تنفيذه أو رفع الاشكال لقاضيه ليقتضى بوقف تنفيذه . وإذا قضى الحكم القاضى بصحة إجراءات الزائدة بالعشر (مثلا) ، وجب الامتناع عن إيقاع البيع على موجب هذه الاجراءات (إذا كان قاضى البيوع قد أوقف البيع) .

(١) المرجع المضمون . ف ٢٥ يونيو سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ — ١ — ٢٩٨)
و ٥ مارس سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ١٢٨)
(٢) جارسوني من ٧٥٩ وهوامها .
(٣) المرجع السابق .

١ - ما يتعدى أثر النقض إليه من الأحكام اللاحقة

٣٤٢ - لا ينحصر أثر نقض الحكم في إلغائه هو وغسب ، بل يتعداه إلى جميع الأحكام اللاحقة له ، متى كان هو أساساً لها وترتبت هي عليه (الفقرة الأولى من المادة ٣١) ، سواء أنصت محكمة النقض على إلغائها أم لم تنص ، وسواء أشير إليها أثناء قيام قضية الطعن أم لم يشر إليها .

٣٤٣ - ويقع هذا الإلغاء بحكم القانون مترتباً على صدور حكم النقض وبغير حاجة إلى حكم آخر . على أنه إذا رُفِعت بشأن هذه الأحكام طعون أو طلبات إلغاء ، فلمحكمة النقض أن تقرر أن لا وجه للحكم فيها ، مكتفية بذكر حكمها الناقض الذي أصدرته من قبل وماله من أثر في تلك الأحكام المطلوب قضاها أو إلغاؤها^(١) . وكثيراً ما جرت محكمة النقض الفرنسية على تقرير قبول الطعن أو طلب الإلغاء مع الإشارة إلى حكمها السابق وإلى نص المادة الثالثة من الأمر العالي الصادر في ١٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠^(٢) الذي يجيز نقض الأحكام وإلغاء الإجراءات المخالفة للقانون . وكثيراً ما قالت - إذا حصل التمسك لديها بتلك الأحكام اللاحقة - إن تلك الأحكام ، على الرغم من عدم الطعن فيها بطريق النقض ، لا يمكن أن تكتسب قوة الشيء المحكوم به مادامت هي

(١) كان يظن في فرنسا أن محكمة النقض هي وحدها التي لها الحق في تقرير هذا الإلغاء وأن محكمة الحالة تتجاوز اختصاصها إذا هي تعرضت له ، غير أنه منذ قررت محكمة النقض أن هذا الإلغاء وإن لم ينس عليه ، يقع مترتباً على حكم النقض ، وأن الحكم اللاحق للحكم المطعون فيه يصبح لا قوة له ، صار لكل محكمة يثار أمامها هذا النزاع ، الحق في تحديد ما يتعدى إليه أثر النقض من الأحكام والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض ، على أن يكون رأيها في ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض (كارتنييه فقرة ٤٩٢٢ و ٤٩٢٣ و ٤٩٢٤ وحكم ١٢ يولييه سنة ١٨٤٨ س ٤٨ - ١ - ٥٥٩)

(٢) فائى س ٢٩٧ وهامش ١

مؤسسة على حكم طعن فيه وتقضى وسقطت حججه وقوته القانونية^(١).

٣٤٤ - وعلى هذا ، فالأحكام الصادرة برفض الدفوع التى تتضمن إنكار الاختصاص exceptions déclinatoires أو التى يقصد بها تأخير الفصل فى الدعوى أو التخلص منها exceptions dilatoires ou péremptoires أو التى يقصد بها عدم قبول الدعوى fins de non recevoir ، يترتب على نقضها تقضى الأحكام التى أصدرت بمد على أساسها فى موضوع الدعوى . فنقض الحكم الصادر بدم قبول استئناف الحكم القاضى برفض الدفع بدم الاختصاص يترتب عليه تقضى حكم محكمة الاستئناف الصادر بمد ذلك فى الموضوع^(٢) . والحكم الصادر من المحكمة التجارية باختصاصها بنظر الدعوى لأن المدعى عليه تاجر يترتب على تقضى الحكم الصادر بتفليس هذا التاجر^(٣) . وتقضى الحكم الصادر برفض الدفع بدم قبول الاستئناف يترتب عليه تقضى الحكم الصادر فى موضوع الاستئناف ، ولولم يرفع عن هذا الحكم الأخير طعن ، بل لو كان قد فقه المحكوم عليه برضاه^(٤) . وإذا تقضى الحكم الصادر بدم قبول المعارضة فى حكم غيابى كان قد عورض فيه ورفع عنه استئناف على سبيل الاحتياط ، فإن تقضى يقتضى تقضى الحكم الصادر فى هذا الاستئناف^(٥) ، لا اعتبار أن الاستئناف يصير بقبول المعارضة غير مقبول .

ويترتب على تقضى الأحكام الصادرة فيما يجوز قبوله من أدلة الاثبات والنفى ، والأحكام الصادرة بالتحقيق بالبينة أو غيرها من طرق الاثبات ، إلغاء

(١) ن . ف ١٦ يونيه سنة ١٨٤٥ (س ٤٥ - ١ - ٧٣٧) و ١٢ يوليه سنة ١٨٤٨ (س ٤٨ - ١ - ٥٥٩)

(٢) ن . ف ٢٠ فبراير سنة ١٨٤٣ (أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٢٠٥٧)

(٣) ن . ف ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٤ - ١ - ٧٠٠)

(٤) حكم استئناف باريس فى ٧ مارس سنة ١٨٤٢ (أشير إليه ربرتوار دالوز فقرة ٢٠٥٧) .

(٥) ن . ف ٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ (د ٩٠٢ - ١ - ١٨٥) .

ما اتخذ في سبيل تنفيذها من إجراء وما سير فيه من عمل أو تحقيق ، ونقض ما صدر من أحكام مؤسساً على تلك الأحكام أو تلك الإجراءات^(١) . فإذا نقض الحكم الصادر بمجاوز الاثبات بالبيننة بطلت إجراءات التحقيق ، وبطل الحكم الصادر في الموضوع مؤسساً على تلك الإجراءات^(٢) . ويبطل الحكم القاضي باعتماد تقرير خبير الدعوى وأعماله متى نقض حكم ندبه لأداء تلك الأعمال^(٣) .

وجملة القول أن أى حكم نقضته محكمة النقض ، فإنه يترتب على نقضه إلغاء جميع الأحكام التى بنيت عليه^(٤) . فالحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها يجب اعتباره منقوضاً متى نقض ذلك الحكم السابق صدوره^(٥) .

والحكم الصادر بإلزام خصم بمصاريف خبير الدعوى وأتباعه على اعتبار أنه هو الخصم الذى قضى بإلزامه فى الموضوع بمصاريف الدعوى ، يبطل كذلك إذا قضى بنقض هذا الحكم الأخير^(٦) . ونقض الحكم الصادر بتصفية شركة يترتب عليه بطلان الحكم المعتمد لنتيجة هذه التصفية^(٧) . وكذلك يبطل الحكم الصادر برفض دعوى المطالبة بسند حكم برده وبطلانه ، بمجرد نقض الحكم الصادر بهذا الرد والبطلان فى دعوى تزويره القرعية^(٨) . وكذلك يُعتبر مُلغى الحكم الصادر بجعل المحكوم عليهم متضامنين استناداً إلى ما أخذ به حكم آخر سبق صدوره بين الخصوم متى نقض هذا الحكم السابق للمؤسس ذلك الحكم عليه^(٩) .

(١) فلىقرة ٢٦٥ وتبسيه ص ٥٢٣ وهامش ١

(٢) ن . ف ١٥ أبريل سنة ١٨٩٩ (د ٩٠١ - ١ - ٢٤٥) و ٥ يولية سنة ١٩٠٠ (د ٩٠٠ - ١ - ٤٦٨)

(٣) ن . ف ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ - ١ - ٤٧٥) ون . ف ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ (س ٩١ - ١ - ٢٥٥)

(٤) تبسيه ص ٥٢٣ وهامش ١

(٥) ن . ف ٦ فبراير سنة ١٨٩٧ (د ٩٨ - ١ - ٢٧١)

(٦) ن . ف ١٧ يناير سنة ١٨٩٩ (د ٩٩ - ١ - ٣٨٢)

(٧) ن . ف ١٦ يونيه سنة ١٨٤٥ (س ٤٥ - ١ - ٧٣٧)

(٨) ن . ف ٢١ يولية سنة ١٨٤٧ (د ٤٧ - ٤ - ٥٩)

(٩) ن . ف ١١ فبراير سنة ١٨٩٩ (د ٩٩ - ١ - ٣٢١)

ب - سقوط إجراءات التنفيذ وما يترتب على سقوطها

٣٤٥ - ويترتب أيضاً على اعتبار الحكم كأن لم يكن إلغاء و بطلان جميع ما اتخذ في سبيل تنفيذه من الاجراءات والأعمال (الفقرة الأولى من المادة ٣١)^(١) كالتنبيه بالوفاء والحجوز ، وإجراءات نزع الملكية ، وتسليم المقارات ودفع النقود ، وإقامة المباني وإزالتها ، وسد النوافذ والفتحات ، ومد الطرق والسائق ، وتسجيل الأحكام ، وشطب تسجيل الرهون^(٢) .

وتسقط هذه الآثار المترتبة على نقض الحكم ، ولو كانت في مصلحة الطاعن نفسه . وما قضت به محكمة النقض الفرنسية في ذلك أن إنسانا طالب صهره وقد كان من وكلاء الدعاوى الذين يجوز لهم قانوناً التنازل عن وظائفهم ومكانتهم للغير ، بأن يستقيل له من وظيفته وفاء لعهد له عند مصاهرته ، أو يحكم عليه بقيمة هذه الوظيفة على ما قدرت به في عقد الزواج (عشرين ألفاً من الفرنكات) ، حكمت المحكمة الابتدائية بعدم اختصاصها بنظر الطلب الخاص بالإقالة ، وبإلزام وكيل الدعاوى بأن يدفع لصهره على سبيل التعويض خمسمائة فرنك سنوياً بضع سنوات ، ثم ألف فرنك بضع سنوات أخرى ، وحكمت محكمة الاستئناف بتعديل

(١) جاء بالذكر الإيضاحية : « قد كان من الضروري النص على ذلك صراحة في القانون ، إذ كان الطعن بطريق النقض لا يوقف التنفيذ وكان من المأثر أنه بينما تكون القضية منظورة أمام محكمة النقض يكون المحكوم سائرين في إجراءات نزع الملكية أو غيرها من الاجراءات البنية على الحكم المطعون فيه »

أما إجراءات وأعمال تنفيذ الحكم المستأنف المشمول بالنفاذ المؤقت فانها تبقى على صحتها حتى تفصل محكمة الاحالة في الاستئناف المرفوع عنه . ذلك بأنه لا يترتب على نقض الحكم الاستثنائي إلا إعادة الخصومة إلى ما كانت عليه قبل صدوره ، وسرى أن أثر نقض هذا الحكم لا يمتد إلى الحكم المستأنف ولو كان قد أيده الحكم المطعون فيه ، فبقى إذن أعمال وإجراءات التنفيذ على الصحة (كارتنييه فقرة ٤٩٥٦ وقرأ أسباب حكم ٢٤ يولييه سنة ١٨٨٢ س ٨٢

— ١ - ٤٤٤ ، ٨٣ د - ١ - ٢٢٢)

(٢) فن سجل على اسمه حتى عني قرره الحكم المنقوض ، له شطب هذا التسجيل . ولن شطب له تسجيل بحق عني إعادة التأشير بهذا التسجيل من جديد .

التعويض ، وجعله ألف فرنك سنوياً من يوم عقد الزواج . فأخذ المحكوم له بهذا الحكم الاستثنائي رهناً على عقارات خصمه محتفظاً بحقه في الطعن في الحكم أمام محكمة النقض ، ثم طعن فيه بعد أن سجل الرهن بانياً طعنه على مخالفة الحكم المطعون فيه للشرط الجزائي ، فنقضته محكمة النقض ، ثم حكمت محكمة الاحالة بقيمة الشرط الجزائي متبعة في ذلك رأي محكمة النقض . باع المحكوم عليه أملاكه المسجلة عليها الرهن ، ثم تنازل عن حق امتيازها بثمنها لآخر مقابل دين له . ولما فتح توزيع الثمن طلب المحكوم له بالتعويض أن يُعطى ما حكم له به في المرتبة التي حفظها تسجيل الرهن ، فعارض خصمه مدعياً أن نقض الحكم الاستثنائي قد ترتب عليه سقوط الرهن ، وأجاب المحكوم له بأنه هو نفسه الذي كان طعن في الحكم وأنه قض لمصلحته فأخذت محكمة التوزيع برأي المحكوم له ، وأخذت محكمة الاستئناف برأي خصمه فألغت الحكم المستأنف . ولما طعن في هذا الحكم الأخير رفضت محكمة النقض الطعن وقالت في أسباب حكمها إن نقض الحكم الأول لم يكن جزئياً بل كان كاملاً ومطلقاً ، ومتى كان كذلك فقد ترتب على نقضه إلغاء ما بني عليه من إجراءات تنفيذه من أخذ الرهن وتسجيله^(١) .

ومن حكم بشطب قيد رهنه ثم أعاد قيده بعد نقض الحكم بقيت له الأولوية في مرتبته على ما قيد من الرهون بين تاريخ القيد المحكوم بشطبه وتاريخ تنفيذ حكم الشطب . ذلك لأنه يترتب على نقض حكم الشطب عودة الخصوم إلى ما كانوا عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه ، ومتى عاد صاحب القيد المحكوم بشطبه

(١) ن . ف ٢٨ يونيو سنة ١٨٥٢ (س ٥٢ — ١ — ١٦٦) وكارنتيه فقرة ٤٩٩٢ . ويمكن الاستشهاد بهذا الحكم على ما قلناه من قبل من أن النقض قد يكون كلياً لتماسك أجزاء الحكم الواحد وأن هذا النقض الكلي يترتب عليه ضياع الزايات التي يكون قد كسبها الطاعن من الحكم المطعون فيه ، كما ضاع على ذلك المحكوم له بالتعويض قيد رهنه الذي أخذه محتفظاً بحقه في الطعن على الحكم فيما صدر به على غير مصلحته من جهة قدر التعويض المحكوم به .

إلى أولويته التي كانت له فإنه يتقدم بها على ذوى الرهون المحفوظة حقوقهم قبل ذلك . أما ما قيد من الرهون بعد الشطب فإنه لا يحيص من تقدمها على ذلك الرهن المجدد قيده بعد نقض الحكم ، لأنها قد قيدت حين لم يكن لهذا الرهن المحكوم بشطب قيده وجود قانوني^(١) .

٣٤٦ — وكذلك يترتب على اعتبار الحكم كأن لم يكن رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار تنفيذاً للحكم المنقوض . فان أبي من عليه الرد الاذعان إلى حكم النقض واضطر خصمه إلى طلب تفسير هذا الحكم ، كان هو الملزم بمصاريف دعوى التفسير ، وقد يحكم عليه بالتضمينات إذا ترتب على الامتناع عن إعادة الحال إلى ما كانت عليه أضرار تستوجب التعويض^(٢) .

وليس يجب رد الأصل فحسب بل يجب رد فوائد النقود وثمرات العقار ومصاريف تنفيذ الحكم المنقوض وفوائد هذه المصاريف . وتجب الفوائد والثمرات من يوم إعلان تقرير الطعن ، لأن هذا الاعلان — لتضمنه معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه وإعادة القضية إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد — يمكن اعتباره بمثابة الطلب الرسمي المرفوع للمحكمة الحافظة لأصل الحق وملحقاته^(٣) .

(١) جارسوني ص ٧٥٩ هامش ١٣ وبررتوار دالوز فقرة ٢٠٤٦ و ٢٠٤٧ و ٢٠٤٨ .

(٢) جارسوني ص ٧٥٨ هامش ٣ و ن . ف ٢٤ يولية سنة ١٨٨٢ (س ٨٧ — ١ — ٢٢٢) و ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٢ (٨٣ — ١ — ٢٤٤) وبررتوار دالوز فقرة ٢٠١٥ و ٢٠١٦ .

(٣) قد كانت محكمة النقض الفرنسية لا ترى إلزام الأصل (ن . ف ١٥ يناير سنة ١٨١٢ و ن . ف ٢٢ يناير سنة ١٨٢٢) ثم قضت بالفوائد من يوم الدفع وبالثمرات من يوم تسلم العقار (ن . ف ١١ نوفمبر سنة ١٨٢٣) ثم مالت إلى اعتبار المدفوع له سبيء النية إذا قرر الدافع أنه دفع مضطراً مع احتفاظه بحقه في الطعن في الحكم بطريق النقض (ع . ف ١١ نوفمبر سنة ١٨٢٨ المنشور في بررتوار دالوز فقرة ٢٠٢١ هامش ١) ثم ثبتت على القضاء بالفوائد وبالثمرات من يوم إعلان الحكم =

٣٤٧ — وليس على من وجب له رد ما دفع، تنفيذاً للحكم المطعون فيه، أن يطالب خصمه بالرد بدغوى جديدة يقيمها عليه أمام المحكمة المختصة أو أمام المحكمة التي أحالت إليها محكمة النقض القضية لتفصل فيها من جديد، بل له أن يسترد من الخصم ما قبضته من طريق تنفيذ حكم النقض عليه جبراً بعد إعلانه إليه والتنبيه عليه بالرد.

وقد كان بعض محاكم الاستئناف الفرنسية يرى أن حكم النقض لا يمكن اعتباره سنداً واجب التنفيذ بما وجب رده، لخلوه من النص على إلزام المدعى عليه في الطعن برد ما قبض تنفيذاً للحكم المنقوض^(١). أما محكمة النقض فقد رأت أن القضاء بنقض الحكم المطعون فيه وإعادة الخصومة بين طرفيها إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدوره يترتب عليه إلغاء جميع ما بنى عليه من إجراءات

== المصادر من دائرة الرأى بصلاحيه عرض الطعن على المائرة المدنية l'arrêt d'admission هذا الاعلان التضمن تكليف الخصم بالحضور أمام هذه المائرة لسماحه الحكم بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه وإعادة القضية إلى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد، وذلك تنزيلاً منها لهذا الاعلان والتكليف بالحضور منزلة الطلب الرسمي الذي اشترطه القانون لسريان القوائد واعتبار واضع اليد سبي النية ملازماً بالقرارات (ن. ف ٢٩ أبريل سنة ١٨٣٩ س ٣٩ — ١ — ٣٧٥ ون. ف ١٦ فبراير سنة ١٨٥٧ د ٥٧ — ١ — ٧٠ ون. ف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٦٧ س ٦٨ — ١ — ١١٩) وحكم محكمة أورليان ٢٣ مارس سنة ١٨٩٢ (س ٩٢ — ٢ — ١٣٣) وحكم محكمة بروج في ١١ يولييه سنة ١٨٨٢ (س ٨٤ — ٢ — ٥ وتعليق الأستاذ ناسيت) وراجع في تفصيل كل ذلك كاربنتييه بقرة ٤٩٥٧ وما بعدها.

وانظر حكم محكمة استئناف شامبيرى في ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٩ (س ٨٠ — ٢ — ٢٤١) وكاربنتييه بقرة ٤٩٥١

(١) حكم محكمة استئناف كولار في ٢٥ أغسطس سنة ١٨٣٥ (س ٣٦ — ٢ — ٣١٤) وقد أشير إليه في كاربنتييه بقرة ٤٩٦٩. لكن محكمة استئناف ليون حكمت بد ذلك بمجواز اعتبار حكم النقض سنداً واجب التنفيذ في حق المصاريف التي غد بها بموجب الحكم المنقوض فقط (حكم ٢٩ مارس سنة ١٨٥٥ س ٥٥ — ٢ — ٣٧٢) وبعد ذلك قضت محكمة استئناف أورليان بمجواز اعتباره سنداً واجب التنفيذ في حق جميع ما غد به بموجب الحكم المنقوض (حكم ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٦٢ د ٦٣ — ٢ — ٣٦) وأشير إليه في كاربنتييه بقرة ٤٩٧٢) وقد حذ هذا الرأى كاربنتييه بقرة ٤٩٧٣ و ٤٩٧٤ وقال إنه هو رأى محكمة النقض. وراجع تعليقات دالوز بقرة ٥٣١١ وما بعدها.

تنفيذه ، وهذا الالفاء يقتضى إلزام من وفى له بشئء برده إلى صاحبه بغير تقاض جديد ، والقول بغير ذلك فيه إخلال بقوة حكم النقض وحبثته ^(١) .

٣٤٨ - والإشكالات المتعلقة بتنفيذ حكم النقض فيما يتعلق بالرد هي في فرنسا من اختصاص المحكمة المدنية التابع لها محل التنفيذ ^(٢) ، لا من اختصاص محكمة الإحالة ولا محكمة النقض . ومحاكم الاستئناف الفرنسية مختلفات فيما إذا كان عدم اختصاص محكمة الإحالة هو من النظام العام أو ليس منه ، فبعضها قضى بأن ليس للخصوم الاتفاق على اختصاصها بهذه الإشكالات وبأنه يجب عليها من تلقاء نفسها الحكم بعدم الاختصاص ^(٣) ، وبعض آخر قضى بأن عدم اختصاص محكمة الإحالة بهذه الإشكالات ليس من النظام العام وأن للخصوم أن يرفعوها لمحكمة الإحالة تبعاً للموضوع المحال إليها الفصل فيه ، وأن ترافعهم لديها يعتبر تنازلاً عن حقهم في التمسك باختصاص محكمة محل التنفيذ ^(٤) .

(١) تنسيه آخر من ٥٢٣ ون . ف ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ (س ٧١ - ١ - ١٥٦) و ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٢ (س ٨٤ - ١ - ٢٢٠) وحكم محكمة أجان في ٢ مايو سنة ١٨٩٤ (س ٩٤ - ٢ - ٢٠٣) . وقد صدر حكم ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٢ المذكور في قضية كان طالب الرد به على خصمه رد ما قبضه ، ففرض عليه هذا الخصم المصاريف فقط ، ورفع دعواه إلى المحكمة المختصة طالباً بالحكم بصحة ما عرض وبإلغاء إجراءات التنفيذ فألغت هذه المحكمة إجراءات التنفيذ ذاكرة في حكمها أنه كان يجب على طالب التنفيذ رفع الأمر إلى محكمة الإحالة . فلما طعن في هذا الحكم نقضته محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها إن محكمة الموضوع كانت مخطئة في القضاء بإلغاء إجراءات التنفيذ وأن في قضائها هذا إخلالاً بقوة حكم النقض وحبثته (وهو ما أيده قاضى ٣٠٥ واستشهد فيه بالحكم المذكور راجعه بهامش ٤)

(٢) قاضى بقرة ٢٧٠ وهامش ٤ وحكم ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٢ السابق الذكر وجارسونيه من ٧٦٠ هامش ١٥ وتعليقات دالوز بقرة ٥٣٢٢ وما بعدها ون . ف ٢ مارس سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ - ١ - ١٨٣) وحكم استئناف باريس في ١٤ يناير سنة ١٩٠٩ (س ٩١ - ٢ - ٥)

(٣) حكم فانسى أول أبريل سنة ١٩٠٩ (د ٩١ - ٢ - ٢١٠) وتعليقات دالوز بقرة ٥٣٢٨ وما بعدها .

(٤) حكم باريس في ١٤ يناير سنة ١٩٠٩ السابق الذكر . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن محكمة الإحالة لا تستطيع الحكم في المنازعات المتعلقة بالرد إذا هي حكمت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى الحالية (ع . ف ٢٩ أكتوبر سنة ١٨٩٤ د ٩٥ - ١ - ٦٠ وتعليقات دالوز بقرة ٥٣٣٤)

ونظن أن الاختصاص في إشكالات التنفيذ للوضعية هو في مصر لمحكمة النقض ذاتها ، عملاً بمعموم نص المادة ٣٨٦ من قانون المرافعات ^(١) .

٣٤٩ — تلك آثار اعتبار الحكم كأن لم يكن في حق المحكوم له ، فإما آثاره في حق دائنيه أو من ترتب لهم حقوق عينية على موجب الحكم المنقوض ، هل يجب على أولئك الدائنين رد ما قبضوه من نقود أو تسلموه من مثليات ؟ وهل يسقط أو لا يسقط عن هؤلاء ما ترتب لهم من حقوق عينية ؟ أما من قضى لهم الحكم للمنقوض مباشرة بشيء من النقود أو المثليات ، فإنه يجب عليهم الرد كما وجب على من كان خصماً أصيلاً في الطعن ^(٢) .

ولكن إذا كان الذي وفى له من دائني المحكوم له ، وكان الوفاء تبرئة لذمة مدينه أو تنفيذاً للحكم المنقوض أو لحكم آخر بني على أساسه ، فإنه لا يكون عليه رد ما قبض متى كان حسن النية ^(٣) . والحجة فيه أنه وإن اشترط قانوناً لصحة وفاء الالتزام بإعطاء شيء أن يكون الوفي مالكا ما يعطيه ، إلا أنه إذا كان الوفي به مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والمثليات وكان للوفي له يجهل أن ما تسلمه غير مملوك لمدينه ، فإن الوفاء لا يقع باطلاً بل يكون المدين وحده هو المسئول لدى المالك الحقيقي .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية في ذلك أنها قضت بعدم جواز مطالبة دائن المحكوم له برد ما قبضه من أصل ما كان مودعاً على ذمة النزاع القائم بين مدينه وخصمه واعتبره الحكم المنقوض حقاً لمدينه وحجز هو عليه تحت يد المودع لديه ثم نفذ الحكم الصادر بصحة الحجز وتسلم المال المحجوز عليه استيفاءً لدينه

(١) أخذنا في القول باختصاص محكمة النقض بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها بمقتضى القواعد المقررة في قانوننا في إشكالات التنفيذ كما أخذت محكمة النقض الفرنسية بالقواعد العامة المقررة في القانون الفرنسي لبحث الإشكالات المتعلقة بتنفيذ أحكامها من اختصاص المحكمة المدنية التابع لها محل التنفيذ وأدخلت في اختصاصها هي المنازعات المتعلقة بتفسير أحكامها .

(٢) كارتنييهقرة ٤٩٧٧

(٣) جارسونييه ص ٧٦٢ وهامش ٤ وبررتوار دالوزقرة ٢٠٢٧

واستبراء لمدينه من دينه^(١). وفي قضية ، كانت حكمت محكمة النقض فيها من قبل بنقض الحكم الصادر باعتماد توزيع ثمن العقار للبيع بالمراد على حسب مراتب الدائنين المقيدة ديونهم ، قضت هذه المحكمة بعدم أحقية المشتري في الرجوع على أحد المرتهنين بما قبضه تنفيذاً لقائمة التوزيع على مقتضى الحكم الذي نقض ، واعتمدت في ذلك على أن هذا الإقباض قد أبرأ المشتري من دين الثمن على كل حال ، ولو أنه كان يترتب على نقض الحكم الصادر في التوزيع إعادة البحث فيما كان يجب وضع هذا الدائن فيه من مراتب الدائنين ، وفي قدر ما ينبغي توزيعه عليه^(٢). وكذلك قضت محكمة النقض بعدم جواز مطالبة وكيل الدعوى l'avoué بما قبضه لنفسه من خصم موكله تسديداً للمصاريف التي عجلها هو من ماله نيابة عن موكله^(٣).

٣٥٠ — أما إذا كان الموفى به عيناً منقولة أو عقاراً ورتب المحكوم له حقاً عليها لآخر كالملكية أو حق الارتفاق أو الرهن ، فإن نقض الحكم يوجب الرد على من رتب له هذا الحق ، اعتباراً بفسخ التصرف المعلق على الشرط عند وقوع شرطه^(٤). وذلك إلا إذا كانت العين منقولة ومنع من رده التملك بالحيازة وحسن النية ، أو كان عقاراً ومنع من رده التملك بوضع اليد المدة القانونية . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا باع المحكوم له العقار أو بيع عليه جبراً أثناء قيام قضية الطعن تعلق حق المشتري على عقب الطعن تعلق حق بائنه عليه ، فاذا وقع الشرط ونقض الحكم المطعون فيه انسخ حق البائع وحق المشتري منه^(٥). وكذلك إذا رهن المحكوم له العقار الذي كان متنازلاً عليه وقيد المرتهن الرهن

(١) ع . ف ١٣ مارس سنة ١٨٣٣ (منشور في ريرتوار دالوز قرة ٢٠٢٨)

(٢) ن . ف ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٢ (٥٤٥ — ٥ — ٨٨) وملحق دالوز قرة ٤٥٩

(٣) جارسوني ص ٧٦٧ هامش ٦

(٤) فاي قرة ٢٦٩ وجارسوني ص ٧٥٩ وهامش ١٣

(٥) كاربنيتي من قرة ٤٩٨٤ إلى ٤٩٨٩ والحكمين الصادرين في ٢٦ يولي

سنة ١٨٢٦ (-سبتمبر ١٨٢٦) و ٨ يناير سنة ١٨٣٨ (س ٣٨ — ١ — ٦٤٦)

ثم تقض الحكم فإنه يترتب على قضه وإعادة الخصومة إلى ما كانت عليه سقوط حق المرتهن وبطلان قيده .

هذا ، وأنت إذا تأملت ما قلناه من عدم جواز مطالبة الغير حسن النية بما قبضه تنفيذاً للحكم المنقوض ، ومن تقدم الرهون المقيدة بدشطب الرهن على هذا الرهن إذا أعيد قيده تنفيذاً للحكم المنقوض ، تبين لك أن تنفيذ الحكم المنقوض قد يترك من الآثار ما لا سبيل لإزائته أو لإصلاحه بما يمكن القول معه بإعادة الخصوم إلى ما كانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض . فالحكم له في النقض قد لا يتيسر له استرداد ما دفعه لدائن خصمه إذا رجع على هذا الخصم ووجده معسراً لا مال لديه يقبض منه حقه . وكذلك قد يثوى الحق إذا حكم بدشطب قيده وقدمت عليه الحقوق المسجلة أو المقيدة بعد الشطب وقبل حكم النقض^(١) .

٣٥١ — هذا والآثار المتقدمة الذكر تترتب على تقض الحكم المعلن فيه ، ولو كانت علة قضه هي وقوع بطلان جوهرى فيه أو في الإجراءات السابقة له ، بل ولو كانت محكمة الاحالة قد قضت في موضوع الدعوى بيمين ما قضى به الحكم المنقوض^(٢) .

(١) جارسونية ص ٧٦٢ وهوامشها . هذا وفي القانون الفرنسى صورة أخرى يمتنع فيها إعادة الخصوم إلى ما كانوا عليه في الدعوى قبل الحكم المنقوض ، وهي الصورة التي يكون فيها الحكم المعلن فيه قد قضى بعدم الاعتداد باعتراض ذى الشأن على عقد الزواج المزمع عقده ثم يكون المقد قد عقد بعد صدور هذا الحكم وقبل صدور حكم النقض . إذ يقال إن تقض الحكم لا يترتب عليه إلا بطلان ما بنى عليه من أعمال تنفيذه ، وليس يترتب على قضه بطلان عقد الزواج لأن مباشرة هذا المقد ليست من أعمال تنفيذ الحكم ، بل لأن عقد المقد — رغم الاعتراض عليه بوجود المانع — لا يبطل قانوناً (جارسونية ص ٧٦٢)

(٢) قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في الحادثة الآتية : توفي كاتب محل تجارى له الثلث في أرباحه ، فطالب الورثة بحساب مورثهم وحكمت محكمة الدرجة الأولى بحكم (أيده محكمة الاستئناف) بأن نصيب مورثهم يبلغ كذا من النقود ، وقضت ببيع الديون المبتة على أن يكون لهم الثلث في ثمنها ولصاحب المحل الثلثان ، فطعن صاحب المحل في هذا الحكم فقضته محكمة النقض لحلوه من الأسباب . لكن الورثة رغم قيام هذا الطعن غفوا حكمهم وبيعت الديون المحكوم ببيعها وأودعت حصة صاحب المحل بغزاة المحكمة . ولما نظرت محكمة الاحالة القضية تمسك صاحب المحل بطلان جميع ما اتخذ من إجراءات تنفيذ الحكم المنقوض ، فقضت =

ج — ما لا يمتد إليه أثر النقض من الأحكام والاجراءات

٣٥٢ — وإذا كان الأصل في الباب أن نقض الحكم الملعون فيه يترتب عليه نقض ما التحقق به من الأحكام وإلغاء ما اتخذ في سبيل تنفيذه من الإجراءات ، فمن السلم به ألا يلقى منها ما يكون قد تم من الاجراءات بإرادة ذوى الشأن إرادة حرة ، أو ما يكون قد قبل ووقع التنازل عن الطعن فيه من الأحكام اللاحقة^(١) . قضت بذلك محكمة استئناف بورج (Bourges) في الدعوى الآتية : مدين نبه عليه بالوفاء وبنزع الملكية فعارض في التنبيه وطن في الحكم الصادر برفض دعواه فنقضته محكمة النقض . وإذا كانت إجراءات البيع الجبرى قد تمت ، طلب المدين ، بدعوى رفضها على نازع الملكية والراسى عليه المزاد ، الحكم بإبطال هذه الإجراءات اللاحقة للتنبيه العقارى الذى نقض الحكم الصادر برفض المعارضة فيه ، قضت محكمة الدرجة الأولى برفض الدعوى مستندة إلى أن ما حصل من هذه الاجراءات قد تم برضا المدين وبغير اعتراض منه . ولما استؤنف الحكم قضت محكمة الاستئناف بتأييده لأسبابه ، ثم أضافت إلى هذه الأسباب أنه كان للمدين أن يناقض في قائمة شروط البيع بالقول بأن الحكم الصادر برفض المعارضة في التنبيه قد طعن هو فيه بطريق النقض فينبى بذلك طريق البيع الجبرى على السالكين فيه ، وكان له كذلك طلب تأجيل جلسة البيع حتى تفصل محكمة النقض

== المحكمة بتأييد الحكم المتأنف وقالت في أسباب حكمها إنها مع تأييدها هذا الحكم لارى علل الحكم بطلان إجراءات التنفيذ . طعن في هذا الحكم فنقضته محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها : إن جميع ما اتخذ من إجراءات التنفيذ قد لحقه البطلان على أثر صدور حكم النقض ، وما كان لمحكمة الاحالة — حتى ولو أيدت الحكم المتأنف — أن ترد إلى هذه الاجراءات بعد بطلانها حياة جديدة (ن . ف ٢٤ يولي سنة ١٨٨٢ س ٨٢ — ١ — ٤٤٤ ، ٨٣ د ١ — ٢٢٢ وتعليقات دالوز فقرة ٥٣٠٠)

في طعنه ، وأن في سكوته عن ذلك ما يحبط سعيه في نقض البيع الذي يجب اعتباره قد تم برضائه ^(١) .

وبذلك قضت أيضاً محكمة النقض الفرنسية في الحادثة الآتية : حكمت محكمة من محاكم الدرجة الأولى بإلزام إنسان بدفع مبلغ من المال لآخر ، فاستأنف المحكوم عليه الحكم وحكمت محكمة الاستئناف بعدم قبول استئنافه ، فطعن في الحكم الاستئنافي لدى محكمة النقض فقضت بنقضه وأحالت الدعوى إلى محكمة استئناف أخرى ، فقضت محكمة الإحالة بتأييد الحكم المستأنف . وإذا كان المحكوم له — في أثناء ذلك — قد نفذ الحكم الابتدائي بعد صدور الحكم بعدم قبول الاستئناف وباع عقاراً كان يملكه المحكوم عليه بيعاً جبرياً رسا فيه المزاد على ثالث ، رفع المحكوم عليه — مستنداً إلى حكم النقض السابق الذكر — دعوى طلب فيها الحكم بإلغاء إجراءات التنفيذ العقاري وحكم مرسي المزاد ، فحكم برفض دعواه . فطعن في الحكم لدى محكمة النقض ، وهذه المحكمة قضت برفض طعنه ، وقالت في أسباب حكمها : إنه اتضح لها من بيانات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أثناء إجراءات توزيع ثمن العقار توزيعاً ودياً (بعد حكم النقض) قد أبدى أنه ينزل فيه على موجب حكم محكمة الإحالة المنتظر صدوره ، ثم صدرت منه أقوال وأعمال دلت على أنه اعتبر إجراءات البيع الجبري وتوزيع ثمنه إجراءات صحيحة ونهائية فلذلك حكمت محكمة الموضوع برفض دعواه ، وليس في هذا القضاء مخالفة للقانون ^(٢) .

(١) حكم أول أغسطس سنة ١٨٩٨ (س ٩٩ — ٢ — ٣٠) وظاهر أن رفض الدعوى كان مبناه أن للدين قد صدر منه ما يدل على أنه قد أسقط حقه في الاعتراض على إجراءات التنفيذ بالطرق المقررة له ، وفي النواعيد المحددة قانوناً ، وأنه رضى بتنفيذ هذه الإجراءات عليه غير مكتث بأن نقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه إلناؤها .

(٢) ع . ف ٢٦ يناير سنة ١٩٠٤ (٩٠٤ د — ١ — ٨٢) وأشهر إليه في تعليقات دالوز بقرة ٣٠٢ وس ٩٠٤ — ١ — ٣٩٦) . والظاهر أن محكمة النقض رأت أن محكمة الموضوع حسبت على الطاعن سكوته عن الأخذ بما ترتب على نقض الحكم الأول من إلغاء جميع إجراءات تنفيذه ، وأنه ما من خصمه في هذه الإجراءات راضياً بها .

٣٥٣ - وكذلك إذا كان حكم النقض يبعد الخصومة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض فإن أثره هذا لا يمتد إلى ما جرى من أقوال أو أعمال أو إجراءات في الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى والدرجة الاستثنائية^(١)، بل إن الخصوم يتناولون خصوصتهم من النقطة التي بلغت إجراءات الدعوى أمام محكمة الاستئناف قبل صدور الحكم المنقوض، ثم يسرون بها أمام محكمة الاعادة حتى تفصل بينهم على ما تم من الإجراءات في جميع مراحل الدعوى.

وإذن فلا يمتد أثر النقض إلى الحكم المستأنف، ولو كان أيده الحكم المنقوض لأسبابه، بل يبقى الخصوم مرتبطين بهذا الحكم وما تم قبله من إجراءات حتى يفصل في الاستئناف المرفوع عنه^(٢).

ولا يمتد النقض كذلك إلى ما سبق الحكم المنقوض من الأحكام الفرعية التي حازت قوة الشيء المحكوم به، إما لعدم الطعن فيها أصلاً أو لصدور الحكم برفض وجوه الطعن المتعلقة بها، بل تبقى على حجيئتها وقاذاها في كل ما لا تعلق له بالحكم الذي نقض^(٣). فمن حكم عليه بمجواز الاثبات بالبيننة ثم حكم عليه في موضوع الدعوى بطلبات خصمه ثم قصر طعنه على هذا الحكم الأخير فإنه لا يكون له إذا نقض أن يعتل بنقضه فيطلب الحكم بعدم جواز الاثبات بالبيننة متغافلاً عن الحكم الصادر في هذا الطلب من قبل.

ومن يهيمه تعجيل الدعوى أمام محكمة الاحالة، إذا أهمل تكليف خصمه بالحضور أمامها واستطال هذا الأمل فإنه يكون لخصمه أن يطلب الحكم

(١) فإى قرة ٢٦٠ و ٢٦١ وتعليقات دالوز من قرة ٥٤٩٨ إلى ٥٥٠٥

(٢) ربرتوار دالوز قرة ٢٠٦٤ وكاربنيتيه قرة ٤٩٣٨ و ٤٩٣٩. وقد قضت محكمة شاميرى ترضياً على هذه القاعدة بأن المحكوم له إذا نفذ الحكم التهديدى المستأنف بعد رفع الاستئناف عنه من خصمه، فإنه يكون لهذا الخصم - إذا غرض الحكم الاستثنائى المؤبد للحكم المستأنف - أن يطلب إلغاء أعمال التنفيذ أمام المحكمة المختصة، بشر أنظار حكم محكمة

الاحالة (٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٩ س ٨٠ - ٢ - ٢٤١)

(٣) فإى س. ٣٠٠ وجارسونيه س. ٧٦٤ هامش ١٩

بيطلان المرافعة في الدعوى ، ولحكمة الإحالة أن تحكم بيطلان المرافعة طبقاً لقواعد قانون المرافعات^(١) .

الفرع الثاني

في حاجة القضية إلى الفصل فيها من جديد

٣٥٤ — الأصل في فرنسا أن محكمة النقض متى قبلت الطعن نقضت الحكم المطعون فيه وأحالت الدعوى وخصومها إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض لتفصل فيها من جديد .

أما في مصر فالمفهوم بالجملة من نص المادة ٢٩ من القانون أن نقض الحكم المطعون فيه لا يترتب عليه دائماً وجوب إعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرته ، بل إن هناك أحوالاً لا تدعو فيها الحاجة لهذه الاعادة حيث يحسم حكم محكمة النقض النزاع في الدعوى ، وأحوالاً أخرى تجب فيها هذه الاعادة ، ثم إن هناك حالة ثالثة أجاز فيها لمحكمة النقض الفصل في موضوع الدعوى .

وإذن فيجب معرفة الأحوال التي تحسم فيها الخصومة بنقض الحكم المطعون فيه بغير إحالة أو إعادة ، والأحوال التي يمتنع فيها على محكمة النقض إعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض لتفصل فيها دائرة أخرى من جديد ، ثم معرفة الحالة التي يجوز فيها لمحكمة النقض الفصل في موضوع الدعوى حسباً للنزاع فيها جميعاً .

المبحث الأول — في الأحوال التي تحسم فيها الخصومة

بنقض الحكم المطعون فيه بغير إحالة أو إعادة

٣٥٥ — في القانون الفرنسي : من المبادئ الأساسية في النظام القضائي

الفرنسي الجارية فيه مجرى الأصول الدستورية أن محكمة النقض معزولة عن الحكم

في موضوع الدعوى . وقد نص على ذلك في المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ بهذه العبارة :

« Sans aucun prétexte et en aucun cas le Tribunal ne pourra connaître du fond de l'affaire; après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître. »

وترجمتها أنه « لا يجوز لمحكمة النقض في أية حالة ولا بأية علة نظر موضوع الدعوى ، وعليها بعد أن تقضى بنقض الأحكام أو بطلان الإجراءات أن تحيل موضوعات القضايا إلى المحاكم المختصة لتفصل فيها »^(١).

ثم أعيد ذكر هذا النص في الدساتير الفرنسية الصادرة في سنتي ١٧٩١ و ١٧٩٣ وفي السنتين الرابعة والثامنة من تاريخ الثورة ، ثم في قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ .

ولذلك فإن محكمة النقض — متى نقضت الحكم — تقضى دائماً بإعادة القضية إلى محكمة أخرى لتفصل في موضوعها^(٢) من جديد ، إلا أن يكون الطعن

(١) لم يكن في لائحة سنة ١٧٣٨ — التي أعادت تنظيم مجلس الملك وجعلت من وظائفه إبطال الإجراءات الفاسدة وهضم الأحكام المعيبة قانوناً — مثل نص المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ ، وذلك لأن مجلس الملك كان له — بمحكم أصل ترتيبه ونظام تشكيله وكونه ينوب عن الملك فيما استبقاه لنفسه من ولاية القضاء — أن يحسم النزاع في القضية برمتها ، إما بعد تحقيق يجريه بنفسه بحضور طرفي الخصومة أو بمجرد اطلاعه على عرضة الطعن والأوراق المقدمة (روبرتوار دالوز ٢١١٤) فلما أنشئت محكمة النقض سنة ١٧٩١ وخيف أن تعيد عهد مجلس الملك فتتطلب ما للمحاكم الأخرى من سلطة الفصل في موضوعات القضايا وتتدخل في أعمال السلطة التشريعية بقرارر البادئ وإزالتها منزلة القانون ، رأى أن ينص في قانون إنشائها على ألا يكون من وظائفها نظر موضوعات القضايا وألا تكون أحكامها في المسائل القانونية مفيدة للمحاكم التي تحال إليها القضايا للفصل فيها من جديد (روبرتوار دالوز فقرة ١٢١٤) . وقد قال لاجراسرى في هذا المعنى (ص ٤٧ — ٤٩) إن المشرع الفرنسي كان وقتئذ متأثراً بالحرص على مبدأ فصل السلطات ، وبالحوف من تدخل المحاكم في التشريع ، وبالخشية من تصدب الهيئات العليا للفصل في موضوعات القضايا .

la phobie de la confusion des pouvoirs et des empiètements judiciaires et la phobie de l'évocation

(٢) والمراد بموضوع القضية ما تنازع عليه الطرفان من الطلبات أمام محكمة الموضوع وقصد من النزاع فيه تقرير الحق لصالحه . وفي فرنسا تدخل في معناه أيضاً المسألة القانونية =

قد رفته النائب العمومي لمصلحة القانون ، أو يكون طلب إبطال الحكم قد رفته كذلك النائب العام لتجاوز حدود السلطة (pour excès de pouvoir) طبقاً للمادتين ٨٠ و ٨٨^(١) من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩١ إذ تنتهي القضية في صورتين بنقض الحكم أو بإبطال الاجراء الذي تجاوز القاضي فيه حدود سلطته ، وينحصر تنفيذ حكم النقض في قيده بالسجل المدل ذلك ونشره في مجموعة المحكمة ، بغير مساس بحقوق الخصوم الثابتة بالحكم المطعون فيه . ويسمى هذا النقض « النقض بطريق الحذف cassation par voie de rétranchement »^(٢) .

وقد رأى بعض الفقهاء^(٣) أن لا محل لإحالة الدعوى إلى محكمة موضوع أخرى في صورتين : الأولى صورة ما إذا كان الحكم المنقوض قد قضى بقبول استئناف ما لا يجوز استئنافه من أحكام محاكم الدرجة الأولى ، والثانية صورة ما إذا كان سبب نقض الحكم مخالفته حكماً آخر حاز قوة الشيء المحكوم به ،

== التي أبدت محكمة النقض رأياً فيها في الحكم الصادر منها بالنقض (ربرتوار دالوز فقرة ١١٩٩)

وهذا اللفظ — وقد ورد بالمادة ١٧ من القانون النظامي البلجيكي الصادر في ٤ أغسطس سنة ١٨٤٠ (راجع شويغن فقرة ٨٥٥) — قد فسر بأنه يشمل جميع وقائع الدعوى ومسائلها القانونية غير المسألة التي تكون فصلت فيها محكمة النقض وحسمت بها النزاع الذي كان مطروحا أمامها حيث لا يبقى بعدها محل للإحالة على محكمة موضوع أخرى (شويغن ص ٢٨٣)

(١) نعر نص المادة ٨٠ في تعليقات دالوز على قانون المرافعات ج ٣ ص ٣٠٧ بالهامش ونص المادة ٨٨ في ص ٣٠٥ بالهامش .

(٢) جارسونيه ج ٦ فقرة ٤٤٨ وهامش ١ و ٢ وج ١ فقرة ٢١٨ وتيسيه فقرة ٩٧٩ . وقد أطلق على هذا النقض اسم النقض بالحذف لأن محكمة النقض تحذف من منطوق الحكم المطعون فيه الجزء الذي خولف فيه القانون أو وقع التجاوز فيه عن حدود السلطة . ومن حالته السلم بها في الفقه الجنائي حذف الجزء الذي تكون محكمة الجنايات قد قضت فيه بقويات تبعة في غير الأحوال المنصوص عليها في القانون ، أو قضت بإلزام متهم بالمصاريف متضاماً مع غيره في غير الأحوال التي أوجبها القانون ، إذ في هذه الأحوال يسهل تصحيح الخطأ بغير حاجة إلى إحالة (دوهلس — النقض فقرة ٣٠٩)

(٣) جارسونيه فقرة ٤٤٨ ص ٧٦٦ هامش ٢ و ٣ وتيسيه فقرة ٩٧٦ ومرلان في كتابه (مسائل قانونية) تحت كلمة « تناقض في الأحكام » الفرع الثاني وشينون ص ١٩٧ والبنديكت الفرنسية فقرة ١٩٥٨

واستندوا فى هذا الرأى إلى نص المادة ١٩ من الباب الرابع من القسم الأول من لأئحة سنة ١٧٣٨ والمادة السادسة من الباب السادس من القسم الأول من هذه اللأئحة^(١) ، وعلى بقاء حكيمها على الرغم من عدم وجود ما يقابلها فى قانون سنة ١٧٩٠ المتقدم الذكر .

ورأى لايه فوق ذلك أن لامل للإحالة متى كان الحكم الصادر من محكمة التفرض — بفصله فى المسألة القانونية التى هى موضع الخلاف بين الخصوم — قد حسم مادة النزاع نهائيا^(٢) .

لكن محكمة التفرض الفرنسية لا تزال تمتص بنص المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ وتفرض بالاحالة إلا فى صورتى الطعن المبين حكمهما بالمادتين ٨٠ و ٨٨ السابقة الذكر^(٣) .

ويرد أولئك الفقهاء حجة محكمة التفرض بأن نص المادة الثالثة المذكورة لم يأت لينسخ للمادتين ١٩ و ٦ من لأئحة سنة ١٧٣٨ فىما ورد بهما من الاكتفاء بتفرض الحكم والتقرير بالمضى فى تنفيذ الحكم المستأنف فى الصورة الأولى وبقىام الحكم الأول وقاذه فى الصورة الثانية . ويضيفون أنه فى هاتين الصورتين لا يبقى فى واقع الأمر بعد تفرض الحكم للطعون فى ما يصح طرحه من جديد على محكمة الاحالة ؛ ذلك بأن محكمة التفرض ، متى رأت أن الاستئناف المحكوم بقبوله خطأ غير مقبول ، فانها — إذ تنقض الحكم — تفرض بعدم قبول الاستئناف ، ومتى رأت فى صورة التناقض أن الحكم المطعون فيه قد خالف الحكم السابق ،

(١) نصرت المادة ١٩ فى ربرتوار دالوز ص ٧ بالهامش تحت فقرة ٦ ونصرت المادة السادسة فى ص ٩ بالهامش .

(٢) تليفه على حكم ٢٢ فبراير سنة ١٨٨٢ (س ٨٢ — ١ — ٤٩٤)

(٣) ن . ف ٢٨ يولى سنة ١٨٥٢ (س ٥٢ — ١ — ٤٨١) والتطبيق القيم للأستاذ (X)

فانها — إذ تقضى بنقض الحكم الثاني — تعلن قيام الحكم الأول وتفاذه^(١) و^(٢). وكثيرا ما تقد القرنسيون نظام النقض عندهم فقالوا إن ما كان يشيع في النفوس — عند إنشاء محكمة النقض على أنقاض مجلس الملك — من الحرص على أصل الفصل بين السلطات ، ومن الخوف من تدخل هذه المحكمة الجديدة في التشريع ، وما كان يضر الصدور من الذعر من تصديها للفصل في موضوعات القضايا ، على ما كان عليه الحال في عهد مجلس الملك ، قالوا إن ما كان من ذلك لم يبق له الآن من أثر ، فقد تغيرت الأفكار وتطورت الأحوال وتبدلت النظم الاجتماعية . ثم عابوا على هذا النظام أيضا ما فيه من تحميم إحالة القضية على محكمة موضوع أخرى في جميع الأحوال ، ومن حرمان محكمة النقض من التصدي للحكم فيما تقضى المصلحة بضرورة التصدي فيه ، ثم من السماح لمحكمة الاحالة بمخالفة محكمة النقض فيما تكون قد رآته من رأى في المسألة القانونية التي دار

(١) وقد جاء بتعليق X على حكم ٢٨ يولي سنة ١٨٥٢ المتقدم الذكر أن تقرير محكمة النقض لإحالة الموضوع على محكمة موضوع أخرى هو من التقريرات الخارجة عن جوهر حكم محكمة النقض مما كان يصح الحكم بدون ذكره . ثم قال : وإذا كان الموضوع الواجب إحالته إلى محكمة الاحالة هو موضوع القضية المتنوعة منه محكمة النقض ، فليس ثمة في صورة الطعن بتناقض الحكمين من موضوع يحال إلا كون الحكمين متناقضين وهو ما فصلت فيه محكمة النقض . وبهذا أمكن لهذا المعلق أن يجمع بين نص المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات ونص المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفمبر — أول مارس سنة ١٧٩٠

(٢) أما محكمة النقض البلجيكية فنقضت بنقض الحكم بغير إحالة في الصورتين (راجع حكم ٦ يونيو سنة ١٨٥٩ في باسكوري بليج ١٨٦٠ ن ١٨٠ وتقرير المستشار دي كير de Cuyper وحكم ١٤ أغسطس سنة ١٨٤٠ في باسكوري بليج ن ٤٥٠ وتقرير المستشار بيتو Péteau وشوين ص ٥٧٦) وقد جاء في هذا الحكم الأخير أنه مهما يكن من عموم نص المادة ١٧ من قانون ٤ أغسطس ١٨٤٠ (التي تمنع محكمة النقض من نظر الموضوع وتأمرها بإحالته إلى المحكمة المختصة) فإن هذا الموم يخصه أن لا وجه للإحالة متى كان موضوع القضية بطبيعته مما ينعمم التراع عليه بمجرد نقض الحكم ، كما هو في الأحوال المبينة بالفقرة الخامسة والسادسة من المادة ٤٢٩ من قانون تحقيق الجنايات البلجيكي ، وكما هو في حالة التناقض حيث يكون معنى نقض الحكم الثاني هو تفاذ الحكم الأول الذي حاز قوة الشيء المحكوم به بالضرورة ، إذ في هذه الصور تقضى طبيعة الأشياء أن لا يبقى ثمة محل للإحالة (شوين ص ٥٧٧) . وراجع في الصور الأخرى التي يقضى فيها بالإعادة سيمويه فقرة ٢٣٩ ص ٢٣٧ وهواشئها .

عليها البحث في الطعن^(١). وقد وصف لاجراسرى هذه العيوب بهذه الجملة^(٢) :

« C' est peut être la chinoiserie la plus singulière de toute notre législation » .

٣٥٦ — في القانون المصري : ولم تخف هذه العيوب على الشارع

(١) تبينه فقرة ٩٧٩ — والاستاذ لايه تملق استطرد فيه إلى بيان رأيه في مذهب محكمة النقض نفسه على هامش حكم محكمة النقض الصادر منها في فبراير سنة ١٨٨٧ (س ٨٢ — ١ — ٢٩٣) كان موضوع القضية أن رجلا بافاري الأصل اسمه فورجو (وقضيته مشهورة باسمه في كتب فقه القانون الدولي الخاص) توفي عن غير عقب في فرنسا بعد أن أقام بها مدة طويلة ، وترك بها تركه منقولة فوضعت الحكومة الفرنسية يدها عليها . ولما طلب بعض أقارب والدته استحقاقهم لتركة على مقتضى القانون البافاري لأنهم حواشيه رفضت محكمة استئناف (بو) دعواهم بناء على أن القانون الفرنسي هو الذي يحكم التركة ، وهو لا يورث هؤلاء الحواشي ، لأن الرجل قد أقام بفرنسا فعلا وتوفي بها ، فقضت محكمة النقض هذا الحكم بناء على أن مجرد إقامة الرجل في فرنسا إقامة غير مأذون فيها من الحكومة لا يكفي لتطبيق القانون الفرنسي على تركته . ولما حكمت محكمة الإحالة (محكمة بورجو) باستحقاق هؤلاء الحواشي لتركة مورثهم طفت الحكومة الفرنسية في الحكم فقضته محكمة النقض لخالفته نصوص المادة ٧٦٨ من القانون المدني وخطئه في تطبيق القانون البافاري ، وقالت في أسباب حكمها إن القانون البافاري يورث الحواشي حقا ولكنه لا يبنى أن يحكم إلا التركات البافارية التي يتوفى عنها أصحابها في بافاريا نفسها . ولما قضت محكمة الإحالة الثانية (محكمة تولوز) برفض دعوى الاستحقاق لمن الورثة في حكمها أمام محكمة النقض غشكت برفض الطعن ، وقالت في أسباب حكمها إنه قد تبين لها من بيانات الحكم أن الرجل لم يتجنس بالجنسية الفرنسية ولم يطلب من الحكومة الفرنسية الإذن له بالإقامة في فرنسا فبقى بافاريا وصارت تركته بافاريا ، غير أنه لما كان القانون البافاري يقضى في مواد الأحوال الشخصية بتطبيق قانون محل المتوفى أو قانون مسكنه العادي ويقضى في المواد المدنية بتطبيق قانون محل الأعيان ، متقولات كانت أو غفارات ، أصبحت المسألة هي : أيكون القانون الذي يحكم تركات المتوفين من غير عقب من قوانين الأحوال الشخصية أم يكون من قوانين الأحوال المدنية . ثم قالت : إن الحكم المطعون فيه لم يخطئ فيما قضى به من رفض دعوى الاستحقاق بناء على ما استظهره من وجوب تطبيق القانون الفرنسي الذي هو قانون محل وجود أعيان التركة . وقد انتهر الأستاذ لايه فرصة التعليل على هذا الحكم من ناحية فقه القانون الدولي الخاص فود في ختام تعليقه لو أن محكمة النقض قامت منذ الطعن الأول بإصلاح خطأ أسباب الحكم المطعون فيه لتصل إلى النتيجة التي وصلت إليها في الحكم الأخير ، لأن المسألة المتنازع فيها في جميع أطوار الدعوى كانت تنحصر في معرفة القانون الواجب تطبيقه ، أيكون القانون البافاري أم القانون الفرنسي ، وإذا أجيب فيها بوجوب تطبيق القانون الفرنسي فهل يكون ذلك لأنه هو القانون الذي يأمر القانون البافاري بتطبيقه ، وهي مسألة كان لمحكمة النقض أن تحلها الحل الصحيح فيما تضمنه من أسباب في حكمها الأول .

المصري^(١) ، بل إنه بيد أن لخص الطريقة التي يجري بها العمل الآن في فرنسا من النقض والاحالة والرجوع إلى هيئة الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض عند عدم أخذ محكمة الاحالة برأيها ، صرح بأنه لم ير محلا للسير على هذه الطريقة الطويلة لأنها وإن كانت قائمة على أساس منح القضاة أوفر قسط من الاستقلال ، يعيها كثيرا أنها تؤخر الفصل في القضايا تأخيرا يزيد على الحد المعقول .

لهذا رأى أن ينصرف عن وضع نص — كنص المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ أو كنص المادة ١٧ من القانون البلجيكي الصادر في ٤ أغسطس سنة ١٨٤٠ بترتيب الحاكم البلجيكية — يحرم به على محكمة النقض نظر الموضوع ويحتم عليها إحالته إلى محكمة أخرى لتفصل فيه من جديد ، وذلك حتى لا تذهب محكمتنا في الاعتماد على عموم النص مذهب المحكمة الفرنسية فتقتضي بالاحالة في جميع الأحوال ، وحتى لا تضطر إلى تخصيص عموم النص بالمنطق كما اضطرت إليه المحكمة البلجيكية فلا تعرف فيه حدا يصح الوقوف عنده . لهذا رأى أن ينصرف عن ذلك ويكتفي في الفقرة الأولى من المادة ٢٩ بقوله : « إذا قبلت محكمة النقض الطعن المقدم لها فتتقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه وتقتضى قانونا بالمصاريف » . ثم فصل في الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة متى تقتصر المحكمة على نقض الحكم ومتى تتعين عليها الاحالة ، ومتى يجوز لها طلب الدعوى للحكم فيها .

٣٥٧ — ويفهم من فحوى هذه المادة أن الأحوال التي تنتهي فيها الخصومة

بمحكم النقض بغير إحالة أو إعادة هي :

(١) وقد تنبه الشارع إلى هذه العيوب منذ إنشاء المحاكم الأهلية وفتح باب الطعن بالنقض في الأحكام الجنائية أمام محكمة الاستئناف بهيئة محكمة تفسر وإلزام ، فأوجب على هذه المحكمة أن تحكم في موضوع الدعوى فتقضي ببراءة المتهم إذا كان الفصل الثابت وقوعه منه لا يكون جريعه معاقبا عليها ، وتحكم بما يقتضيه تطبيق القانون على الفصل الثابت وقوعه إذا أخطأ الحكم المطعون فيه في التطبيق (راجع مقالنا في نظرية العقوبة للبررة في مجلة القانون والاقتصاد

(أولاً) إذا كان الحكم المطعون فيه قد تقضى لمخالفته قواعد الاختصاص ، كما هو منصوص عليه في صدر الفقرة الثانية من المادة المذكورة . أما النص فيها على أن محكمة النقض « تحيل الخصوم إلى الجهة المختصة عند الاقتضاء » فعنايه أن هذه المحكمة إذا قضت بنقض الحكم الصادر بالاختصاص فانها تبين جهة القضاء الأهلية الواجب التداعى إليها من جديد^(١) ، فاحالة الخصوم هذه ليست من قبيل إحالة القضية إلى محكمة الموضوع بعد تقضى الحكم في حالات الطعن الآخر . وهذا المعنى مدلول عليه بعبارة « تحيل الخصوم على الجهة المختصة » .

« renvoie les parties à se pourvoir devant la juridiction compétente »

المفيدة لعبارة « تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه » « renvoie la cause devant le tribunal ou la cour » الواردة بالفقرة الثالثة من هذه المادة والتي استعملها الشارع في معنى الاحالة بعد النقض لسبب آخر غير مخالفة قواعد الاختصاص .

وإذن فمحكمة النقض تكتفى بنقض الحكم المطعون فيه :

(١) إذا كان الحكم قد تقضى لعدم اختصاص المحاكم الأهلية بنظر القضية كأن ترى محكمة النقض أن القضية داخلية في اختصاص محكمة مختلطة أو شرعية أو مجلس ملى أو محكمة قنصلية (المذكرة الإيضاحية ص ٣٠) .

(٢) إذا كان الحكم المنقوض قد فصل في مسألة لا تدخل في وظائف السلطة القضائية ، كأن ترى محكمة النقض أن القضية متعلقة بأعمال السيادة أو أساس ربط الأموال الأميرية أو بالأموال العامة من حيث الملكية ، إلى غير ذلك من الأمور التي حرم النظر فيها على جميع الجهات القضائية على اختلافها

(١) وحكم محكمة النقض في تبين جهة القضاء الأهلية تكون له حجية في مسألة اختصاص هذه الجهة ، خلافاً للمعروف من أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بسدم الاختصاص لا تكون له حجية إلا في عدم الاختصاص فقط ، لا في اختصاص محكمة أخرى .

(والمذكرة الإيضاحية قد اعتبرت المسألة في هذه الصورة أيضا مسألة عدم اختصاص وهو اعتبار متفق مع نص المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية).
(٣) إذا كان الحكم المنقوض قد قضى بعدم اختصاص المحاكم الأهلية وكان سبب نقضه أن هذه المحاكم الأهلية مختصة بنظر الدعوى^(١).

ولا شك في أن اقتصار محكمة النقض على نقض الحكم للطعن فيه في هذه الصور الثلاث مما تقضى به البداهة ، لأنه ليس على هذه المحكمة — بعد أن رأت أن القضية في صورتين الأوليين ليست من اختصاص المحاكم الأهلية أو غير داخلية في وظائف السلطة القضائية — أن تحدّد جهة القضاء أو جهة الحكم الواجب رفع الأمر إليها ، لأن تحديددها لما لا تكون له حجية ما أمام هذه الجهة لعدم تبعيتها لها هي . أما في الصورة الثالثة فالإشارة في حكم النقض إلى أن المحاكم الأهلية هي المختصة فيها البيان لجهة القضاء المختصة بالمعنى المتقدم الذكر ، على أن تعيين ذات المحكمة المختصة نوعيا ومحليا غير واجب لأنه أمر خارج عن موضوع الطعن .

(٤) وكالصورة السابقة صورة ما إذا كان الحكم المنقوض قد قضى بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى نوعيا أو محليا ، وكان سبب نقضه أن المحكمة التي رفضت إليها الدعوى كانت مختصة بها . وفيها يترتب على نقض الحكم قيام

(١) ن . م . م . ١٠ مايو سنة ١٩٣٤ و ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد رقم ٤٧ ص ١٤٧ و رقم ٥٣ ص ١٦٤) وكانت القضية التي صدر فيها الحكم الأول مقدمة إلى محكمة جزئية حكمت فيها برفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم الأهلية فقط وحكمت فيها المحكمة الاستئنافية التابعة لها هذه المحكمة الجزئية بالنقض بالحكم المسأف وبعدم اختصاص المحاكم الأهلية . أما قضية الحكم الثاني فقد أقيمت أمام محكمة جزئية حكمت في موضوعها ، ولما استؤنف حكمها أمام المحكمة الاستئنافية (التابعة لها تلك المحكمة الجزئية) حكمت بعدم اختصاص المحاكم الأهلية . وقد كان الطعن في الحكمين لصدورهما بعدم اختصاص المحاكم الأهلية ، فاكفّت محكمة النقض بنقض تنقيصهما وبالنقض باختصاص المحاكم الأهلية فقط ، وترك لمن يمه الفصل في الدعوى تمجّلها أمام المحكمة الجزئية في الصورة الأولى ، وأمام المحكمة الاستئنافية في الصورة الثانية . وحسناً فملت لأن الموضوع لم يكن مطروحا لديها ، وقد جاء المكان حاسم لنزاع المطروح عليها .

القضية والخصوم أمام المحكمة التي رقت إليها الدعوى أولاً ، بغير حاجة إلى نص بالاحالة أو بالأعادة^(١) .

(٥) إذا كان الحكم للطمون فيه قد قضى باختصاص المحكمة بنظر الدعوى (وسواء أكان قد قضى أيضاً في موضوعها أم لم يقض فيه) وكان سبب قضاؤها غير مختصة نوعياً أو محلياً ، فنندث بتبين المحكمة جهة القضاء المختصة ، أمي المحكمة الجزئية أم المحكمة الابتدائية ، وهل هي محكمة المدعى عليه أم محكمة المقار .

وفي هذه الصورة لا تعتبر الدعوى محالة إلى المحكمة الميينة بمحكم النقض ، بل يجب التذاعى إليها بإجراءات جديدة على المعنى المقصود من قول القانون « إحالة الخصوم إلى الجهة المختصة » . وهذا النظر لم يفت بمحكتنا في حكم لها أصدرته في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٤ في قضية معارضة في قرار صادر من لجنة جرك القاهرة كان المحكوم عليه قد رفضها إلى محكمة الإسكندرية الابتدائية على مصلحة الجمارك بصحيفة أعلنتها إلى المدير العام لهذه المصلحة في الميعاد المحدد لرفع مثل هذه المعارضة ، فدفت المصلحة بعدم اختصاص محكمة الإسكندرية بنظر المعارضة وبأن المحكمة المختصة بنظرها هي محكمة مصر الابتدائية ، ققضت المحكمة برفض الدفع وبالاختصاص ومحكمة استئناف مصر حكمت بتأييد الحكم المستأنف ، فلما طعن

(١) ن . م . م . ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٦ والمحاماة ق ١ رقم ٧٩ ص ١٥٨) وتخلص الدعوى في أن رجلا كان طلب من محكمة الأزبكية الجزئية الحكم بتبتيق ملكيته إلى جزء من أرض من أراضي البناء ، وتسليمه إليه خالياً من البناء الذى أقامه المدعى عليه ، فدفع هذا بعدم اختصاص المحكمة الجزئية مدعياً أن قيمة البناء المطلوب لإزالته تزيد على نصاب القاضى الجزئى ، حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم الاختصاص . ثم حكمت في الموضوع بتبتيق الملك وإزالة البناء . استؤنف المحكمان حكمت المحكمة الاستئنافية بقبول الدفع وبعدم اختصاص المحكمة الجزئية . طعن في هذا الحكم ، فقضته محكمة النقض مؤيدة الحكم الصادر بالاخصاص فقط ، وقالت في أسباب حكمها إنه هو الحكم الصحيح قانوناً وإن لمن يهيمه من الخصوم عرض للوضع على محكمة مصر الابتدائية لنظره بهيئة أخرى . وقد وجب عدم الاحالة في هذه الصورة ، لأن الموضوع لم تكن المحكمة الاستئنافية قد حكمت فيه بعد .

في هذا الحكم بينت محكمة النقض أن المحكمة المختصة بنظر المعارضة هي محكمة مصر الابتدائية التي هي محل الجرمك الذي أصدر القرار الجرمكي المارض فيه وأعلن القرار للمعارض وقصرت نص حكمها على القضاء بنقض الحكم المطعون فيه وبعدم اختصاص محكمة الإسكندرية بنظر المعارضة^(١). وقد أحسنت محكمتنا في الاقتصار على ذلك وفي عدم الحكم بإحالة المعارضة إلى المحكمة المختصة، لأن المعارضة كان يجب أن ترفع في ميعادها للمحكمة المختصة، وكان هذا الميعاد قد انقضى يومئذ.

(ثانياً) متى كان الحكم الصادر من محكمة النقض — بفصله في المسألة القانونية — قد حسم النزاع نهائياً، بحيث لم يبق بعد الفصل فيها مسائل قانونية أخرى أو مسائل واقعية تحتاج للفصل. وهذه الأحوال قد أشارت إليها المذكورة الإيضاحية بقولها « وقد لا تكون في بعض الأحوال حاجة لهذه الإحالة (أى لإحالة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم) وخصوصاً متى كان الحكم الصادر من محكمة النقض بالفصل في المسألة القانونية قد حسم النزاع نهائياً لعدم وجود مسائل قانونية أخرى أو مسائل تتعلق بالوقائع يحتاج إلى الفصل فيها، ففي هذه الأحوال، ونظراً لأن الإحالة لا يترتب عليها إلزام الخصوم ولا قلم الكتاب بتقديم القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض، يجوز للخصوم أن يكتفوا إذا شاءوا بحكم محكمة النقض^(٢) ».

ومن صور هذه الحالة أن ترى محكمة النقض أن الحكم المنقوض قد صدر خطأ مخالفاً لحكم سابق حائز لقوة الشيء المحكوم به^(٣)، أو قضى بمجاوز استئناف

(١) مجلة القانون والاقتصاد س ٥ رقم ١٦ ص ٣٩ والمهامه س ١٥ ق ١ رقم ٨٩

س ١٨٦

(٢) ومعنى هذا أن محكمة النقض، حتى إذا قضت في هذه الصور بالإحالة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، فإن للخصوم أن لا يتابعوا السير فيها أمام محكمة الإحالة. وقد أشير إلى هذا المعنى في المادة ٢٩ بعبارة « إذا طلب ذلك منها الخصوم » أى إذا طلبوا الحكم من محكمة الإحالة..

(٣) ن. م. م. ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (مجلة القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٥٧ ص ٢١٠ والمهامه س ١٦ رقم ١ ص ١) ومن قواعده أنه إذا تبينت محكمة النقض أن الحكم المطعون =

مالا يجوز استثنائه من أحكام محاكم الدرجة الأولى (وهما صورتان للقول فيهما — عند بعضهم — بدم الإحالة في القانون الفرنسي) أو قضى خطأ بقبول استئناف رفع بعد الميعاد ، أو بتفليس من لا يصح تفليسه ، أو بدم اختصاص محكمة أهلية ، إذا كان سبب النقض أن هذه المحكمة الأهلية مختصة كما رأيت ^(١) ، أو كان الحكم الابتدائي الصادر باختصاص المحكمة لم يستأنف فصار نهائياً ^(٢) . وكذلك إذا انحصر النزاع أمام محكمة الدرجة الأولى والثانية فيما إذا كان الحق قد سقط بالتقادم المبرى للذمة أو لم يسقط ، وكان الحكم المنقوض قد قضى بدم سقوط الحق ورأت محكمة النقض سقوطه ، أو إذا انحصر النزاع أمام المحكمتين في قبول أى دفع مانع من نظر الدعوى وقضى الحكم المنقوض برفضه ورأت محكمة النقض قبوله . وكذلك كل صورة يتركز فيها النزاع حول مسألة قانونية واحدة ويكون حكم النقض — بفصله في المسألة وحله إياها على

== فيه قد صدر مخالفاً لحكم نهائى سابق تعين عليها قض الحكم والقضاء في الموضوع بدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها والقرار بأن المول عليه في العلاقة بين الخصوم هو الحكم الأول .
(١) ن . م . م . ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ السابق الذكر .

(٢) ن . م . م . ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (مجلة القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٢ ص ٢ والمهام س ١٤ ق ١ رقم ٥٥ ص ٩٢) وتتلخص وقائمه في أن الحكومة طلبت من محكمة كفر الدوار الجزئية الحكم بتثبيت ملكيتها لجزء من جسر ترعة الحمودية اغتصبه المدعى عليهم والحكم بالزامهم بتسليمه خالياً من البناء ، فدفع هؤلاء بدم اختصاص المحكمة بناء على أن النزاع متعلق بغير من الأملاك العامة مجهول القيمة ، ولأن قيمة الباقي القائمة عليه تريد على نصيب القاضي الجزئى ، فحكمت المحكمة برفض الدفع بحكم مستغل ، ثم حكمت في الموضوع بطلبات المدعية بحكم آخر . فاستأنف المدعى عليهم هذا الحكم الأخير طالبن إلغاءه والحكم برفض الدعوى ، وبجلسة التحضير عدل المتأفون طلباتهم إلى طلب الحكم بدم اختصاص محكمة كفر الدوار واحتياطياً بإلغاء الحكم المتأنف ورفض الدعوى ، ودفعت المتأنف عليها بدم جواز الاستئناف لقلة النصاب ، فحكمت المحكمة الاستئنافية برفض هذا الدفع الفرعى وبدم اختصاص محكمة كفر الدوار الجزئية . طعن في هذا الحكم ، وكان من وجوه الطعن فيه أن الحكم الجزئى الصادر في الدفع بدم الاختصاص هو حكم قطعى مستغل عن الحكم الصادر في موضوع الدعوى وكان يعين على المدعى عليهم في الطعن لو أرادوا رفع استئناف عنه أن يرفضوه بالطريقة المبينة بالمادة ٣٦٣ من قانون المرافعات ، فرأت محكمة النقض صحة هذا الوجه فاكثفت بقبوله واقتصرت على القضاء بنقض الحكم المطعون فيه بغير إحالة .

خلاف ما قضى به الحكم المطعون فيه — قد أنهى الخصومة في القضية .

ولعل الحجة البالغة في القول بعدم الإحالة في هذه الصور ، سواء منها ما تعلق بمسائل الاختصاص أو بغيرها من المسائل القانونية ، هي أنه لا مانع يمنع محكمة النقض من القضاء في الموضوع فتصرح بما اقتضاه الفصل في المسألة التي انحصر النزاع فيها ، من مثل القضاء بإقامة الحكم الأول في صورة الطعن بالتناقض ، أو الحكم بعدم جواز الاستئناف في صورة الطعن بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون من ناحية قضائه بقبول استئناف ما لا يصح استئنافه . هذا إلى أن محكمة الإحالة مقيدة في النظام المصري برأي محكمة النقض في المسألة القانونية التي تفصل فيها ، فلا يمكن — بعد قضاء محكمة النقض في مسألة الاختصاص أو في المسألة القانونية التي تركز حولها النزاع في الأمثلة المتقدمة الذكر — أن تخالف قضاءها محكمة الإحالة ، ويتبع هذا أن يكون لمحكمة النقض أن تصرح في منطوق حكمها بما يقتضيه من قضاة الحكم الأول في الصورة الأولى ، وعدم جواز الاستئناف في الصورة الثانية ، وبما يقتضيه الفصل في الصور الأخرى من الحكم برفض الدعوى أو بعدم قبولها ^(١) .

(١) ويمكن التمثيل في ذلك بصورة القضية التي حكمت فيها محكمة النقض بتاريخ ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٣ (الحمامة س ١٤ ق ١ عدد ٤١ ص ٦٣ ومج س ٣٤ عدد ٢٠٨ ص ٤٣٠) ومحصلها أن المحكمة الابتدائية أصدرت حكماً بوقف الدعوى حتى يقدم لها المدعى حكماً شرعياً بثبوت وراثته وأيدت هذا الحكم محكمة الاستئناف ، ثم أجازت المحكمتان تسجيل الدعوى من قبل حصول المدعى على الحكم المرحى . فلما رأت محكمة النقض خطأ المحكمتين الابتدائية والاستئنافي الصادرين بقبول التسجيل قضت بتقضى الحكم المطعون فيه وإلغاء الحكم المتأفف وبإعادة القضية لمحكمة الدرجة الأولى على أن تسهر أمامها موقوفة حتى يقدم الحكم المرحى بثبوت الوراثة . وإذا كان قد جاء في أسباب هذا الحكم أن الدعوى صالحة للحكم في موضوعها بعد تقضها الحكم المطعون فيه ، إلا أنه كان يمكن الاستثناء عن ذكر هذا التصدي ، لأن النزاع إذ انحصر في الواقع أمام المحكمتين فيما إذا كان الحكم الصادر بوقف الدعوى هو حكم مانع من قبول التسجيل أو غير مانع منه ، وإذا رأت محكمة النقض أنه حكم اكتسب قوة الشيء المحكوم به وأنه يمنع من قبول طلب التسجيل ، فقد كان يجوز لمحكمة النقض أن تقتصر على نقض الحكم المطعون فيه لتعود القضية من نفسها إلى الإيقاف ، كما كان يجوز لها التصريح في منطوق حكمها بإعادة =

المبحث الثاني - في الأحوال التي يجوز فيها لمحكمة النقض

طلب الدعوى والحكم فيها

٣٥٨ - قد أجازت الفقرة الرابعة من المادة ٢٩ من القانون لمحكمة النقض - إذا حكمت بنقض الحكم لمخالفته للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله - أن تطلب الدعوى وتحكم فيها متى كانت صالحة للحكم^(١).

وقد كان خليقاً بالشارع - إذ أجاز الاكتفاء بنقض الحكم متى كان حكم النقض بفصله في مسألة الاختصاص أو في المسألة القانونية المتنازع فيها قد حسم النزاع نهائياً، وإذ جل المحكمة التي تحال إليها الدعوى في غير هذه الصور

= القضية للاجفاف، بغير أن تتكلف القول بأن الدعوى صالحة للحكم فيها، لأنه لم يبق بعد نقضها الحكم المظنون فيه أية مسألة أخرى يحتدل إحالتها إلى محكمة الإحالة أو تستبق أمام محكمة النقض لتفصل هي فيها بطريق التصدي المأذون لها فيه.

وقد أحسنت محكمتنا الاحسان كله بالاكتفاء بنقض الحكم المظنون فيه في حكم آخر أصدرته في ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد ص ٥ رقم ٣٣ من ١٢٢ والمهامات ص ١٥ ق ١ عدد ١٢٠ من ٢٥٤) وقد كان وجه الطعن أن محكمة الاستئناف قضت بتاريخ ٢٠ مايو سنة ١٩٣٤ بتوجيه الميمين بالصيغة التي بينها، وحددت لحلف الميمين يوم ٢٧ منه واعتبرت النطق بهذا الحكم إعلاناً للخصوم، ثم اعتبرت من كان عليه الحلف ناكلاً لعدم حضوره الجلسة التي حددت للحلف، وقضت عليه في الموضوع على اعتباره ناكلاً. فلما تبينت محكمة النقض خطأ الحكم الأول فيما قضى به من تحديد يوم الحلف على ما سبق ذكره، وأن هذا الخطأ قد أثر في الحكم الثاني وضمت نس حكمها هكذا: حكمت أولاً بنقض حكم ٢٠ مايو سنة ١٩٣٤ فيما جاء به من تحديد جلسة ٢٧ مايو سنة ١٩٣٤ لحلف الميمين واعتبار النطق به إعلاناً للطرفين وثانياً بنقض حكم ٢٧ مايو سنة ١٩٣٤ الذي ترتب على هذا الاجراء..

ووجه الإحسان أن محكمة النقض لم تأمر بإعادة القضية إلى محكمة الاستئناف لتفصل فيه من جديد، لأنه لم يبق بعد حكمها ما كان يجوز إعادة أو استئنافه لتفصل هي فيه. وقد راعت أن من يمه تجميع الدعوى لحلف الميمين فيها هو الذي يكون عليه تمثيلها أمام المحكمة، بغير حاجة إلى نس في الحكم يبيدها إلى محكمة الاعادة.

(١) لا يزال التصدي في المواد المدنية أمية الفقهاء الفرنسيين، وقد أدخلته بعض المصالحات مثل قانون الاتحاد السويسري الصادر في ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ (راجع لاجراسرى ص ٥٠ وما بعدها)

مقيدة برأى محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها — أن يتقدم خطوة واسعة نحو استكمال نظام النقض في المواد المدنية فيأذن لمحكمة النقض بالتوصل في موضوع الدعوى متى كانت صالحة للفصل . وهي سنة مشكورة استتها يوم أن أنشأ المحاكم الأهلية وفتح باب الطعن بالنقض في الأحكام الجنائية ، إذ أوجب على محكمة الاستئناف متعقدة بهيئة محكمة نقض وإبرام الحكم في موضوع الدعوى ببراءة اللهم إذا كان الفعل الثابت وقوعه لا يعاقب عليه القانون ، والحكم بما يقتضيه القانون على الفعل الثابت على التهم إذا كانت محكمة الموضوع قد أخطأت في تطبيق القانون (المادتان ٢٢٩ و ٢٣٢ من قانون تحقيق الجنايات) .

٣٥٩ — ومن المهم قبل الكلام في شروط الفقرة الأخيرة من نص المادة ٢٩ أن نحدد المراد من قولها « طلب الدعوى والحكم فيها » هل المراد من هذه العبارة هو عين المراد من العبارة الماثلة لها الواردة في المادة ٣٧١ من قانون المرافعات ، أى هل يجوز قياس التصدى في باب النقض على التصدى في باب الاستئناف وإعطاء محكمة النقض ما أحيى منه لمحكمة الاستئناف ؟

نرى أن ليس المراد من العبارة الواردة في المادة ٢٩ هو طلب الدعوى الأصلية التي تكون قائمة أمام محكمة الاستئناف ولما يحكم فيها بعد كما هو المراد من العبارة الواردة في المادة ٣٧١ من قانون المرافعات في باب الاستئناف التي تعنى الدعوى الأصلية التي تكون قائمة أمام محكمة الدرجة الأولى . بل المراد منها التصدى للفصل في موضوع الحكم الذي وقعت فيه المخالفة للقانون وطعن فيه ثم نقض ، أى مجموع المسائل القانونية والواقعية التي بقيت مفتقرة إلى الفصل فيها من جديد على أساس حكم النقض في المسألة القانونية .

ذلك أنه ليس من اختصاص محاكم الدرجة الثانية الفصل فيما يعرض عليها من المنازعات لأول مرة ، وأن الاستئناف لا ينقل النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية لا في حدود ما رفع عنه الاستئناف ، فإن كانت محكمة الدرجة الأولى لم تصدر

في الدعوى إلا حكماً قطعياً في مسألة فرعية أو حكماً تهديدياً وكان هذا الحكم هو الذى استؤنف ، فمحكمة الاستئناف تكون ممنوعة من التعرض لموضوع الدعوى والحكم فيه ، ويكون عليها أن تعيد القضية — بعد الحكم فى الاستئناف المرفوع إليها — إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيها لا يزال باقياً أمامها . غير أن الشارع قد أجاز لمحكمة الدرجة الثانية فى بعض الحالات أن تتصدى لموضوع الدعوى رغم قيامه أمام محكمة الدرجة الأولى ورغم ما يترتب على هذا التصدى من حرمان الخصوم من مزية التقاضى أمام الدرجتين ، وذلك لتفادى النفقات ومطل المتقاضين ولمنع ماعسى أن يقع من محكمة الدرجة الأولى من المضى فى الدعوى على غير ما يتفق مع الاتجاه الذى تضمنه حكم المحكمة الاستئنافية . ولهذا كان من الواضح أن محكمة الدرجة الثانية لا تعتبر متصدية لموضوع الدعوى إلا إذا كان هذا الموضوع لا يزال قائماً أمام محكمة الدرجة الأولى ولما يفصل فيه ^(١) ، كما اشترط لصحة التصدى — إذا كان الحكم المستأنف صادراً فى مسألة اختصاص أو فى دفع بطلب إحالة إلى محكمة أخرى — أن تكون محكمة الدرجة الثانية مختصة من جميع الوجوه بالفصل استئنافياً فى موضوع الدعوى ^(٢) .

(١) أما إذا كانت هذه المحكمة قد قضت فيه بحكم يخرج القضية من سلطتها واستؤنف هذا الحكم ، فإن الاستئناف يطرح القضية رهنها على محكمة الدرجة الثانية حتى يأمره من أثر قتل النزاع إليها ، وفى هذه الحالة يجب على المحكمة الاستئنافية أن تقضى فى موضوع الدعوى عملاً بالأصول السامة . وعلى ذلك فإذا دفع أمام محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى أو بفسوطها بالتقادم مثلاً ، غشكت بمبول الدفع ثم استؤنف حكمها فقضت محكمة الدرجة الاستئنافية بإلغائه ، قائماً لا تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى بل تحكم هي فيه وجوباً ولا تكون فى ذلك متصدية للموضوع . ذلك لأن الدفع بعدم قبول الدعوى أو بفسوط الحق فى رهنها بالتقادم كلاهما دفع موضوعى يكون الحكم فيه قضاء فى أصل الدعوى تستوفى به محكمة الدرجة الأولى ولايتها (ن . م . م ٧ مايو سنة ١٩٣٤ القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٥٩ ص ١٧٣ ومج س ٣٥ رقم ١٦٤ ص ٤١٣)

(٢) فإذا كان موضوع الدعوى مما يدخل فى حدود النصاب التهاى للمحكمة الدرجة الأولى وصدر فيها حكم فى مسألة اختصاص أو فى دفع بطلب إحالة ، فلا يجوز للمحكمة الدرجة الثانية — إذا هى ألقت الحكم السأنف — أن تتصدى للحكم فى الدعوى ، لخروجها عن اختصاصها الاستئنافى (المادة ٣٧١ مرافعات) . وكذلك لا يجوز للحكم فى موضوع الدعوى =

هذه هي أحكام التصدي الجائز المحكمة الاستثنائية ، وأنت تراها جميعاً متلائة مع وظيفة هذه المحكمة في النظام القضائي باعتبارها محكمة موضوع من محاكم الدرجة الثانية لا محكمة عليا مقصودا اختصاصها على الرقابة على تطبيق القانون وتأويله .

أما محكمة النقض فالأصل في نظامها أنها لا تفصل في موضوع الدعوى ، وأنها إذا قبلت العلم نقضت الحكم المطعون فيه وأحالت القضية إلى المحكمة التي أصدرت هذا الحكم لتفصل فيها من جديد ، إلا أن يكون حكم النقض — بفصله في المسألة القانونية — قد حسم النزاع برمته فتقتصر عندئذ على نقض الحكم المطعون فيه .

هذا الأصل قد أراد الشارع تقييده بنظام من التصدي يناسبه ويتلاءم معه ويسير به إلى الغاية المقصودة من حسن سير العدالة بتوحيد القضاء ، فأجاز لمحكمة النقض أن تستبق أمامها ما كان ينبغي أن يحيله إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتتولى هي بنفسها الفصل فيه — ملحقاً بحكم النقض — متى كان مهياً للفصل .

وعلى ذلك فإذا كان حق التصدي في باب الاستئناف هو السلطة الممنوحة لمحكمة الدرجة الثانية — عند إلغائها حكماً تمهيدياً أو صادراً في مسألة اختصاص أو إحالة إلى محكمة أخرى — في أن تطلب موضوع الدعوى القائم أمام محكمة الدرجة الأولى وتفصل هي فيه ، فحق التصدي في باب العلم بطريق النقض هو السلطة الممنوحة لمحكمة النقض — عند نقضها الحكم المطعون فيه لحالته للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله — في أن تستبق عندها ما كان يجوز لها أن تحيله

== إذا قضت المحكمة الاستثنائية في استئناف رفع إليها بعدم اختصاص الجهة القضائية التابعة هي لها ، أو قضت بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى نوعياً أو علياً ، ولم تكن هي محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة المختصة .

إلى محكمة الموضوع تفصل فيه على مقتضى حكمها في المسألة القانونية التي فصلت فيها .

ويبين من هذا أن تصفية موضوع الدعوى وإنهاء هذه الطريقة لا يكون تصدياً لنظر الموضوع والفصل فيه إلا تجوزاً . ذلك لأن لفظ « الموضوع » قد استعمل في باب الاستئناف للدلالة على موضوع القضية الأصلي القائم أمام محكمة الدرجة الأولى بعد إصدار الحكم التمهيدى أو الفرعى المستأنف ، فهو يشمل جميع مسائل الدعوى الواقعية والقانونية . أما في باب النقض فهو مستعمل للدلالة على موضوع الحكم الذى قبل الطعن فيه وكان لمحكمة النقض أن تعيده للمحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه على مقتضى رأيها في المسألة القانونية التى فصلت فيها^(١) . ثم لأن عبارة « طلب الموضوع والفصل فيه » قد استعملت في باب الاستئناف للدلالة على انتزاع موضوع القضية الأصلي من

(١) وقد رأيت محكمتنا أن المراد « بموضوع الدعوى » الذى يكون لها أن تفصل فيه متى كان صالحاً ، هو الموضوع الذى وقعت فيه المخالفة . رأيت ذلك في قضية شفة كانت محكمة الموضوع الأولى قضت برضاها لسقوط حق الشفع في الأخذ بالشفعة لعدم إبداء رغبته في الأخذ في المباد بعد علمه بالفراء ، فنقضته محكمة النقض وأعدت القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم للطعون فيه ، فتناولت محكمة الإعادة حكم النقض ورأت أنه ينبغي لها إعادة حساب المباد المحدد لإبداء الرغبة على مقتضى رأى الذى أبدته محكمة النقض ، فبحثت في ذلك وقضت في موضوع الدعوى بمنح ما قضت به محكمة الموضوع الأولى . فطعن في هذا الحكم الأخير ، فنقضته محكمة النقض قائلة : إن محكمة النقض في حكمها الأول كانت اعتبرت أن الأربعة الأيام التالية ليوم ١٨ فبراير كلها أيام عطلة ، وأن أول يوم عمل بعدها يكون هو يوم ٢٢ فبراير ، ولذلك قررت أن الحكم خطأ في تطبيق القانون على الوقائع الناتجة ، ثم طبقت القانون وصرحت بأن دعوى الشفعة لم تسقط لأن إظهار الرغبة في الأخذ بها قد وقع في المباد ، كما صرحت بأنها إنما تعيد الدعوى لمحكمة الاستئناف للنظر في موضوعها . ومحكمة النقض تلك ما قررت وما قضت به لأن قانونها يصرح لها بأنها متى قضت حكماً مخالفاً لقانونية فإن لها الحق أن تنصل في الموضوع . والموضوع الذى كان مطروحاً لديها هو هل سقط حق الأخذ بالشفعة أم هو لم يسقط ، فهى بعد أن قررت وقوع الخطأ في التطبيق فصلت ضمناً في هذا الموضوع بأن حق طلب الشفعة لم يسقط ، وعلى هذا الأساس وحده قد صدر حكمها بإعادة الدعوى ، وكان على محكمة الإحالة أن تنفذ بهذا القضاء (حكم ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨)

محكمة الدرجة الأولى والفصل فيه مع استئناف الحكم الفرعى بمحكم واحد ، ولكنها استعملت في باب النقض للدلالة على استبقاء ما كان ينبغي أن يعاد لمحكمة الإحالة من المسائل الواقعية والقانونية الأخرى لتفصل فيه من جديد .

وإذن فلا سبيل لتصدى محكمة النقض للفصل في الدعوى القائمة أمام محكمة الموضوع إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً فقط في مسألة فرعية كمسألة اختصاص أو دفع ابتدائي آخر أو دفع معطل لسير الدعوى . أما إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى في المسألة الفرعية وفي أصل الدعوى ثم رأت محكمة النقض نقضه في خصوص المسألة الفرعية فإنه يجوز لها أن تعيد أصل الدعوى إلى محكمة الاستئناف التي أصدرت الحكم أو أن تستبقه لديها لتحكم هي فيه من جديد ، لا على أنها قد انتزعت من يد المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، بل على أنها تفصل فيه تصفية للخضومة المطروحة عليها برمتها ، بغير حاجة إلى أن تعيده إلى محكمة الإعادة .

الشروط الواجب توافرها لجواز طلب الدعوى والحكم فيها

لنعد بعد ذلك إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ من قانون محكمة النقض فنقول إنها تشترط لإمكان طلب الموضوع والفصل فيه شرطين : أولهما متعلق بالسبب الذى يبنى عليه نقض الحكم ، والثانى متعلق بالحالة التى تكون عليها الدعوى عند نقض الحكم الصادر فيها .

٣٦٠ - الشرط الأول : كونه الحكم المطعون فيه قد نقضه لمخالفته

للقانون أو لخطأ في تطبيقه أو في تأويله : واشتراط هذا الشرط يمنع محكمة النقض من التصدى لموضوع الدعوى إذا كان سبب النقض وقوع بطلان جوهرى في الحكم أو في الإجراءات التى انتهت به وأثر بطلانها فيه ، إذ لا يتصور في هاتين

الحالتين أن تقوم محكمة النقض بتطبيق القانون على الوقائع الثابتة في حكم يسيه أنه باطل أو أنه صدر بناء على إجراءات باطلة .

٣٦١ — وقد تساءلنا في مقالنا المنشور بمجلة القانون والاقتصاد^(١) عما إذا كانت محكمة النقض تملك طلب الدعوى والحكم في موضوعها إذا أزمعت نقض الحكم لخالفته قواعد الاختصاص ، قلنا إن المسألة لا تحتاج إلى بحث وإن الجواب يجب أن يكون بالسلب كلما كانت الدعوى غير صالحة للحكم ، وكما كانت محكمة النقض ممنوعة من الحكم لعدم ولاية القضاء الأهلي بنظر الدعوى^(٢) . أما إذا كانت الدعوى صالحة للفصل في موضوعها ، وكانت محكمة النقض غير ممنوعة من الحكم فيه لدخوله في وظائف القضاء الأهلي^(٣) فقد قلنا إن المسألة تحتل الجوابين : الاكتفاء بنقض الحكم أو التصدي للموضوع والحكم فيه قياساً

(١) س ٢ من ٨٧ وما بعدها .

(٢) قد ذكرنا في ذلك المقال صور هذه الحالة ، قلنا إنها : (١) إذا حكمت محكمة الموضوع باختصاصها ، ولم تكن قد حصلت المرافعة أمامها إلا في مسألة الاختصاص ثم نقض الحكم لعدم اختصاص المحكمة التي رفضت إليها الدعوى (٢) إذا حكمت محكمة الموضوع بعدم اختصاصها ولم تكن قد حصلت المرافعة أمامها إلا في مسألة الاختصاص ، ثم نقض الحكم ونقض باختصاص المحكمة التي رفضت إليها الدعوى (٣) إذا ضمت محكمة الموضوع الدفع بعدم الاختصاص لأصل الموضوع ، وقضت باختصاصها وحكمت في الموضوع ، ثم نقض الحكم الصادر في الاختصاص لانعدام ولاية المحاكم الأهلية بنظر الدعوى (٤) إذا قضت محكمة النقض من تلقاء نفسها بنقض الحكم لعدم اختصاص المحاكم الأهلية (٥) إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم بناء على أن المحكمة التي أصدرته قد جاوزت به حدود سلطتها أي أصدرت قراراً غير صادر في حدود السلطة القضائية .

(٣) قد ذكرنا في ذلك المقال صور هذه الحالة الثانية ، قلنا إنها : (١) إذا ضمت محكمة الموضوع الدفع بعدم الاختصاص إلى الموضوع وحكمت باختصاصها ، وقضت في موضوع الدعوى ثم نقض الحكم في الاختصاص ، وكانت المحكمة المختصة هي محكمة أهلية أخرى ، وكانت الدعوى صالحة للحكم في موضوعها (٢) إذا ضمت محكمة الموضوع الدفع إلى الموضوع وقضت بعدم المرافعة فيها بعدم الاختصاص ثم نقض الحكم في الاختصاص وكانت الدعوى صالحة للحكم في موضوعها (٣) إذا حكمت محكمة الموضوع من تلقاء نفسها بعدم اختصاص المحاكم الأهلية بعدم المرافعة في الموضوع ، ثم نقض الحكم وبني النقض على أن المحاكم الأهلية مختصة بنظر الدعوى والدعوى صالحة للحكم في موضوعها .

على حق محكمة الاستئناف على مقتضى المادة ٣٧١ من قانون المرافعات .

ثم قلنا إن من يرى عدم جواز التصدى في جميع الأحوال التي يكون فيها الحكم قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص ، له أن يحتج بعموم ما جاء بصدر الفقرة الثانية من المادة ٢٩ المتقدمة الذكر من وجوب اقتصار محكمة النقض على نقض الحكم للطعون فيه وإحالة الخصوم عند الاقتضاء إلى الجهة المختصة ، وبأن الفقرة الرابعة من المادة المذكورة الخاصة بجواز التصدى ليست في الواقع إلا نصاً خاصاً مستثنى من نص الفقرة الثالثة القاضى بوجوب الإحالة في جميع الأحوال التي يكون فيها سبب النقض هو غير مخالفة الحكم لقواعد الاختصاص . أما من يرى جواز التصدى فله أن يحتج بأن الفقرة الرابعة تفيد بنصها جواز التصدى متى كان سبب النقض هو مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، وهو نص عام يدخل في عمومته كون سبب نقض الحكم هو مخالفة قواعد الاختصاص (لأن مخالفة هذه القواعد لا تسدو في الجملة أن تكون مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله) . أما قصر الكلام في الفقرة الثانية على حالة نقض الحكم لمخالفة قواعد الاختصاص ، فالعلة فيه هي إظهار ما بين صورة نقض الحكم لهذا السبب ، وصور نقضه للأسباب الأخرى من فرق ، هو أن مسائل الاختصاص في ذاتها لا تحتاج لإعادة إلى محكمة الموضوع للفصل فيها من جديد ، إذ الأمر فيها ينتهي بحكم النقض نفسه . وتمة هذه الحجة أن الشارع لم يقصد من الفقرة الثانية من المادة ٢٩ تحريم التصدى للموضوع والفصل فيه ، وإنما قصد منها تحريم إحالة مسألة الاختصاص لمحكمة الموضوع لتفصل فيها من جديد .

قلنا هذا في مقالنا ، ورجونا في ختامه أن تهديتنا محكمة النقض إلى الحل الصحيح لهذه المسألة عند ما تعرض عليها .

ولما كانت المسألة لم تعرض بعد على محكمة النقض فقد حق علينا أن نقطع فيها بما نرجحه ، فنقول إننا نرجح القول بعدم جواز التصدى أخذاً بالحجة

المستفادة من ظاهر نص المادة ٢٩ ومن ترتيب قراتها والحجج الأخرى التي سبق لنا إيرادها عند تحديد المعنى المراد لعبارة « طلب الموضوع والفصل فيه » ، ونضيف إليها أن الفقرة الثانية من المادة المذكورة — بنصها على أن المحكمة تحيل الخصوم عند الاقتضاء إلى جهة القضاء المختصة للحكم في موضوع الدعوى — قد دلت على أن الشارع قد منع محكمة النقض من التصدى للفصل في موضوع الدعوى إذا قضت بنقض الحكم الصادر في مسألة الاختصاص .

وإذن فلا سبيل لأن تتصدى محكمة النقض للفصل في موضوع الدعوى إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا بعدم الاختصاص ، حتى ولو كان الدفع بعدم الاختصاص قد ضم للموضوع وحصلت المرافعة فيه وكانت القضية صالحة للحكم . ذلك لأنه لا موضوع يكون باقيا أمام محكمة النقض متخلفاً عن نقض الحكم لمطعون فيه ومحتاجا إلى فصل منها تصفية له .

وإذا كانت محكمة الموضوع قد قضت في أصل الدعوى وفي الاختصاص ثم نقض حكمها لعدم اختصاص المحكمة التي أصدرته ، فكذلك لا يجوز لمحكمة النقض أن تفصل في الدعوى ، ولو كانت مما يدخل في وظائف المحاكم الأهلية وكان الحكم فيها مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض ، بل يتعين ترك الموضوع للمحكمة المختصة لكي تفصل هي فيه ابتداء إذا طرحه الخصوم عليها ، إذ لا يتصور قضاء محكمة النقض في دعوى لا تكون قد نظرتها بعد محكمة الموضوع المختصة بها واستنفذت ولايتها عليها بالحكم فيها^(١) .

(١) على أنه إذا لم يطن في اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، ولكن طعن في قضائها بتأييد الحكم الابتدائي الصادر باختصاص محكمة الدرجة الأولى وفي موضوع الدعوى ، فللمحكمة النقض أن ترفض الطعن بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى أو تنقض فيه بعدم قبوله لانهاء الصلعة ، اعتماداً على صحة قضاء محكمة الدرجة الثانية في موضوع الدعوى واختصاصها بالحكم فيها على كل حال . وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا النظر في حكم أصدرته في ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٨ ص ٢٧٩ والحاماة س ١٦ رقم ١٠٦ ص ٢٦٠) فحررت فيه : أنه متى صدر حكم في دفع بعدم الاختصاص =

٣٦٢ - الشرط الثاني : أنه تكونه الدعوى صالحة للحكم : وإذا كان

المفروض أن الحكم المطعون فيه قد صنى الدعوى برمتها وحسم ما كان من نزاع فيها بين الخصوم وأن هذا الحكم قد نقض كله ، فعنى كون الدعوى صالحة للفصل أمام محكمة النقض أن يكون ما بقى من مسائلها الواقعية والقانونية بعد حل المسألة القانونية (التى من أجلها قضى الحكم) ممكنة تصفيته وحسم النزاع فيه بغير اتخاذ أى إجراء جديد من إجراءات التحقيق . وسنبسط القول فى ذلك عند الكلام على كيفية فصل محكمة النقض فى موضوع الدعوى .

٣٦٣ - على أن الظاهر فى قضاء محكمة النقض أنها لا تشترط لإمكان

الفصل فى موضوع الدعوى أن يكون صالحا برمته للفصل ، بل إنها قد تفصل فيما تراه صالحا وتحيل الباقي إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

ففى قضية كانت حكمت فيها محكمة الاستئناف بعدم صحة ورقتين منكرتين

= المركزى وفى الموضوع مآ ، واستؤنف هذا الحكم وكانت محكمة الاستئناف هى محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة التى أصدرت الحكم وبالنسبة للمحكمة التى بدى اختصاصها بنظر الدعوى ، فإن هذا الاستئناف ينقل الدعوى برمتها أصلا وفرعا من المحكمة الابتدائية التى كان اختصاصها محل نزاع إلى محكمة الاستئناف التى لا نزاع فى اختصاصها ، والمحكمة الاستئناف هذه النظر فى موضوعها معها تكن المحكمة التى رفعت الدعوى من أول الأمر إليها غير مختصة . ومادام الأمر كذلك فإن هذا النقل تقطع به المصلحة فى التمسك بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى . ومتى أصدرت محكمة الاستئناف حكما بتأييد الحكم المتأنف من جهة الاختصاص ومن جهة الموضوع مآ ، وتبين لمحكمة النقض أن قضاءها فى الموضوع صحيح قانونا ، فقد أصبح الطعن فى الحكم من جهة مسألة الاختصاص واجب الرفض لعدم المصلحة . ويرى تيسيه فى مثل هذه الصورة أنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف إذا أزمعت إلغاء الحكم الصادر بالاختصاص أن تنظر للموضوع ، لا بطريق التصدى ولا على اعتبار أن استئناف الحكم الصادر فى الموضوع قد نقل هذا الموضوع إليها . ولكن القضاء الفرنسى يجرى على غير هذا الرأى ، ومن أحكامه ما يميز لمحكمة الاستئناف نظر الموضوع على اعتبار أنه من قبيل التصدى له بعد الإجماع على إلغاء الحكم الصادر بالاختصاص كما تصدى له لو أن محكمة الدرجة الأولى لم تكن قد حكمت فى الموضوع . والكثير من الأحكام يميز للمحكمة نظر الموضوع على اعتبار أن استئناف الحكم الصادر فيه قد نقل نظره إليها (راجع فى تفصيل ذلك تيسيه ص ٣٩٥ و ٣٩٦ و ٣٩٧ وهوامشها وتعليقه القيم على ن . ف - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٧ س ٩٩ - ١ - ٢٧٣) . وقد جاء حكم محكمة متفقا مع الرأى الراجع فقها وقضاء .

و برفض موضوع الدعوى ، قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه و بصحة الورتين و باعادة القضية والخصوم إلى محكمة الاستئناف لتفصل فيها بينهم دائرة أخرى من جديد ، والمدعى عليهم إذا شاءوا سبيل الادعاء بالتزوير بطريقة القانون^(١) . وقد جاء في أسباب هذا الحكم أن الحكم المطعون فيه قد قضى في دعوى الإنكار التي اعترضت موضوع الدعوى الأصلية وفي هذه الدعوى الأصلية معاً ، وأن دعوى الإنكار العارضة صالحة للفصل فيها بالحكم بصحة الورتين بناء على ما ثبت من إقرار المدعى عليهم بأن بصمة الختم الموقع به عليهما هي بصمة ختم مورثة مورثهم ، وأن الدعوى الأصلية غير صالحة للفصل ، ولاحتمال أن يسلك المدعى عليهم فيها مسلك الادعاء بالتزوير بأوضاعه المعروفة في قانون المرافعات ، فيتمتعين بالحكم باعادة القضية إلى محكمة الاستئناف لتحكم في موضوع الدعوى الأصلية من جديد .

وفي قضية أخرى — كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى استحقاق لنصيب شرعى في منزل كان ادعى المدعى عليهم أن مورثهم أوصى بمنفعته لهم ولزريتهم من بعدهم ما تناسلوا ثم إلى جهة بر لا تنقطع ، وكان مبنى الطعن أن محكمة الاستئناف قد أخطأت في تكييف هذا التصرف بأنه وصية بحق انتفاع مؤبد على هؤلاء الورثة وذريتهم على ما كیفها به المجلس الملى من قبل بغير بحث — في هذه القضية بعد أن بينت محكمة النقض مخالفة هذا التكييف للقانون ، قالت إن التصرف قد تمحض في نظرها إلى أنه وقف مضاف إلى ما بعد الموت ، ثم قالت : « لكنها لا ترى البحث في قيمة هذا التصرف ، لا من جهة الشكل ولا من جهة الصحة ولا من جهة الحكم المقرر لثله شرعاً عند محته ، بل ترى ترك كل ذلك للمحكمة الشرعية المختصة وحدها بمسائل أصل الوقف جميعها هما يكن دين الواقف ، وهذا يقتضى مع نقض الحكم إيقاف الدعوى

(١) ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٤٠ س ١٠٤ والحاماة

س ١٤ رقم ١ ١٦١ س ٤١١ ومج س ٣٥ رقم ١٣٦ س ٣٣٤)

لدى محكمة الاستئناف حتى يفصل شرعاً في كل هذا . وكان نص حكمها أنها حكمت بنقض الحكم المطعون فيه وإيقاف الدعوى أمام محكمة الاستئناف حتى تفصل المحكمة الشرعية في قيمة هذا الوقف المضاف إلى ما بعد الموت من جهة شكله ومن جهة سمته ، ومن جهة ما يكون شرعاً للطاعن من الحقوق فيه عند تقدير قيمته ^(١) .

المبحث الثالث — في الأحوال التي يتعين فيها على محكمة النقض إعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه

٣٦٤ — يتعين على محكمة النقض إعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه في جميع الأحوال التي لا يكون فيها حكم النقض قد حسم بنفسه موضوع الخصومة أو لا يكون للمحكمة حق الفصل في موضوع الدعوى . وهذا هو الأصل في وظيفة محكمة النقض المتفق مع طبيعة عملها والمستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة ٢٩ ومن موضع هذه الفقرة منها ، على ما سبق الذكر . فإعادة القضية متعينة في الصور الآتية :

(١) إذا كان الحكم قد نقض لوقوع بطلان جوهرى فيه ، أو لوقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ^(٢) . ذلك لأن الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ من القانون ، إذ أجازت لمحكمة النقض أن تطلب موضوع الدعوى وتحكم فيه متى كان سبب النقض هو مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، قد دلت بمفهوم المخالفة على وجوب إعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم

(١) ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٦٨ ص ٢١١) والحامدة س ١٥ رقم ١ رقم ٤٤ و م ج س ٣٥ رقم ٢١١ ص ٥٢٨) . وانظر كذلك حكم ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ الصادر في قضية الشفعة اللجنة صورتها فيما تقدم (س ٦٩٨ بالهامش) .
(٢) وأمثله كثيرة ، منها ن . م . م . ١٩ موفبر سنة ١٩٣١ (الحامدة س ١٢ ص ٢١٨) وأول ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٤) و ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٨) .

المطون فيه إذا كان سبب التقضى هو وقوع بطلان جوهري فى الحكم أو فى الإجراءات .

(٢) إذا كان الحكم قد قضى لمخالفته للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، وكان حكم التقضى ، فصله فى المسألة القانونية الخاصة بهذه المخالفة أو بهذا الخطأ ، لا يحسم النزاع فى القضية ، وكان موضوع الدعوى غير صالح للحكم فيه بالمعنى السابق ذكره ^(١) و ^(٢) .

الفرع الثالث

فى إلزام المدعى عليه بالمصاريف وأحقية الطاعن فى استرداد الكفالة

٣٦٥ — أورد : الإلزام بالمصاريف : نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون على أنه « إذا قبلت محكمة التقضى والإبرام الطعن المقدم لها فتقضى الحكم المطعون فيه كله أو بعضه وتفصل قانونا فى المصاريف » . وقد أشارت المادة ٣٨ منه — فيما أشارت إلى وجوب تطبيقه فى قضايا الطعن من القواعد الخاصة بالأحكام — إلى نص المادة ١١٣ من قانون المرافعات التى تقضى بالحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ، وإلى نص المادة ١٤٤ التى تميز الحكم بالخاصة فى المصاريف وتخصيصها على الخصوم بحسب ما تراه المحكمة وتقدره فى حكمها .

واللزوم بمصاريف الطعن المحكوم به يؤيدهم من كان لهم مصلحة فى الحكم برفضه أو بعدم قبوله وقضى مع ذلك على غير فضلهم بتقضى الحكم . أما غير هؤلاء ممن اختصم فى الطعن أو أدخل فيه فلا يفتى للقضاء عليه بشئ من المصاريف ^(٣) .

(١) (١) ن . د . م . ر . ج . ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ . د . ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ . (٢) القانون

والاقتصاد . د . ٣٠ رقم ٢٢ و رقم ٣٨ . (٣) د . ٢٢ و رقم ٣٨ . (٤) د . ٢٢ و رقم ٣٨ . (٥) د . ٢٢ و رقم ٣٨ .

(٦) (٦) د . ٢٢ و رقم ٣٨ . (٧) د . ٢٢ و رقم ٣٨ . (٨) د . ٢٢ و رقم ٣٨ . (٩) د . ٢٢ و رقم ٣٨ .

(١٠) (١٠) د . ٢٢ و رقم ٣٨ . (١١) د . ٢٢ و رقم ٣٨ . (١٢) د . ٢٢ و رقم ٣٨ . (١٣) د . ٢٢ و رقم ٣٨ .

فاذا أدخل المدعى عليه في الطعن ضامنه الذي قضى الحكم المطعون فيه بإخراجه من الخصومة بغير مصاريف ليسمع الحكم معه برفض الطعن فإنه لا يلزم بشيء من مصاريف الطعن . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في طعنين رفعهما المحكوم له والمحكوم عليه ورأت بعد ضمهما أن وجهاً من وجوه أحد الطعنين يقتضى نقض الحكم برمته في مصلحة الطاعنين لما بين الطعنين من تلازم — قضت فيهما بإلزام كل طاعن بمصاريف الطعن المرفوع عليه من خصمه وجعلت مصاريف نسخة الحكم وقيدته على من لم تبحث وجوه طعنه اكتفاء بقبول طعن خصمه^(١) واقتضاء هذا القبول نقض الحكم برمته . وقضت محكمةنا ، في طعنين رفع أحدهما المدعى عليه في الدعوى الأصلية ورفع الآخر المدعى عليه في دعوى الضمان ، بقبول الطعنين وبإعادة القضية للفصل في الدعويين من جديد وإلزام المدعى في الدعوى الأصلية وحده بجميع مصاريف الطعنين^(٢) . وقضت في طعن واحد بإلزام الطاعن بثلاثة أرباع المصاريف وإلزام المدعى عليه بالربع الباقي إذ قضت الحكم المطعون فيه في بعض ما قضى به ورفضت الطعن في باقيه^(٣) . وللصاريف التي تلزم بها محكمة النقض من خسر دعوى الطعن من الخصوم هي : (أولاً) مصاريف قضية الطعن ، أى الرسوم المستحقة طبقاً للمادة ٤٢ من القانون ومقابل أتعاب المحاماة الذى تقدره المحكمة . ومن حكم له على خصمه بهذه المصاريف لا يجوز لمحكمة الإحالة أن تلزمه بها حتى ولو حكمت عليه هذه المحكمة بالمصاريف في الدعوى المحالة^(٤) .

- (١) فأى بالمرجع المضمون . ف ٢٢ يولي سنة ١٨٩٢ (مجموعة محكمة النقض الرسمية رقم ١٦١)
 (٢) ن . م . م ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ في الطعنين رقم ٥٨ و ٧٧ س ٢ قضائية (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١١٢ والمحاماة س ١٣ رقم ٥٤٦ س ١٠٩٨)
 (٣) ن . م . م ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ رقم ٣٤٤ س ٦٩٧)
 (٤) جارسونية بقرة ٤٤٥ هامش ٣ ون . ف ١١ يولي سنة ١٨٩٤ (١٨٩٤)
 ١ - (٥٢٥) . ون . ف ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٩ (١٨٩٩ - ١ - ٢٢٩) . وكذلك يكون الحكم إذا كان سبب النقض هو بطلان الحكم لحلوله من الأسباب (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤)
 س ٤٦ - ١ - ٧٣٢ وكابنتيه بقرة ٥١٣١) .

(ثانياً) مصاريف صورة الحكم النقوض وإعلانه ، لأن نقض الحكم إذ يترتب عليه — كما سبق القول — اعتباره كأن لم يكن وعودة الخصومة والخصوم إلى ما كانوا وكانت عليه قبل صدوره ، فهذه المصاريف تكون على من خسر الطعن وألزم بمصاريفه ، حتى ولو قضت محكمة الإحالة في الدعوى فيما بعد على نحو ما قضى به الحكم النقوض^(١) .

(ثالثاً) مصاريف القضية الأصلية ، إذا كان حكم النقض قد حسم النزاع فيها بفصله في المسألة القانونية التي اقتضت نقض الحكم المطعون فيه .

(رابعاً) مصاريف القضية الأصلية التي فصلت فيها محكمة النقض عند تصديها للفصل في الموضوع تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون .

ومن تطبيقات محكمتنا لهذه القواعد أنها قضت في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ بنقض الحكم المطعون فيه وإلزام المدعى عليه في الطعن بمصاريفه وقضت في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف بالنسبة لمبلغ كذا ورفض دعوى المدعى عليه المذكور فيه وإلزامه بالمصاريف المناسبة لهذا المبلغ عن المرجتين^(٢) . وقضت في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بنقض الحكم المطعون فيه فيما يتعلق بتثبيت ملكية المدعى عليها في الطعن للعقار وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف بالنسبة لدعوى الملكية والحكم بعدم قبولها لرفضها قبل أوانها ورفض الطعن فيما عدا ذلك وإلزام الطاعنة بجميع مصاريف الطعن وإلزام المدعى عليها في الطعن بالمصاريف المناسبة لدعوى الملكية أمام محكمتي الدرجة الأولى والثانية^(٣) .

(١) كاريثيةقرة ٥١٢٤ و ن . ف ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥٦ (س ٥٧ — ١ — ٥٨٢) وقد قضى تطبيقاً لهذه القاعدة بأنه إذا حكمت محكمة الإحالة بإلزام رافع النقض بمصاريف الإحالة ومصاريف الدرجة الاستئنافية التي انتهت بالحكم النقوض ، فإنه ينبغي حل هذا الحكم على استبعاد مصاريف سحب الحكم النقوض وإعلانه (ن . ف ٧ نوفمبر سنة ١٨٥٥ س ٥٦ — ١ — ١٥١ وكاريثيةقرة ٥١٢٥)

(٢) ن . ف ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ (الحامدة س ١٣ رقم ١٢٦ ص ٢٨٤ ومع س ٣٤ رقم ١٨٨ ص ٢٩٨)

(٣) ن . ف ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٨٠) وفي هذه القضية والقضية المتقدمة الذكر احتسب رسم الطعن « مقررأ » على دعوى الطعن و « نسيا » على دعوى الموضوع المحكوم فيها .

وحين كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من القانون توجب على المحكمة التي تعاد إليها الدعوى بعد نقض الحكم بتحصيل مصاريف قضائية أخرى ، كانت محكمة النقض تازم الخصم المحكوم عليه بمصاريف الطعن وبمصاريف الاستئناف التي دفعت من قبل ^(١) . لكن هذه الفقرة من المادة المذكورة قد اقترح إلغاؤها وقبلت لجنة الحفائية بمجلس الشيوخ هذا الاقتراح ، وقالت في مذكرتها التي قدمتها للمجلس إنها توافق على حذف هذه الفقرة ، إذ أنه في الواقع لا محل لتحصيل الرسوم مرة أخرى ، لأنه إذا كانت المحكمة المطعون في حكمها قد أخطأت في تطبيق القانون أو في تأويله فإن أخطاء القاضي يجب عدلا ألا يتحمل الخصوم نتائجها . وبذلك أصدر قانون ١٠ يولييه سنة ١٩٣٣ .

ومنذ صدور هذا القانون سارت محكمة النقض على عدم إلزام من يحكم عليه بمصاريف الاستئناف ، اللهم إلا إذا فصلت في موضوع الاستئناف كله أو بعضه فتقضى عندئذ بإلزام من يجب إلزامه بمصاريف الاستئناف كلها أو بعضها ، كما سبق القول .

٣٦٦ — ثانيا : أمقية الطاعن في استرداد الكفالة : ويترب على الحكم بقبول الطعن ونقض الحكم — سواء أكان النقض جزئيا أم كليا — أمقية الطاعن في استرداد الكفالة ، سواء أصرح الحكم بردها أم لم يصرح . وقد جرى العمل عندنا على عدم التصريح ، وعلى صرف قلم الكتاب الكفالة لصاحبها بمجرد اطلاعه على حكم المحكمة ^(٢) .

(١) وقد وقع نزاع بين طاعن وخصمه فيما إذا كان يدخل أو لا يدخل في هذه المصاريف ما تكون محكمة الدرجة الأولى قد قدرته من مصاريف وأتباع أهل الخبرة الذين عينتهم ونقضت محكمة النقض بيطلاق أمهالهم وتهريم ضمتنا ، فحكمت محكمة النقض برفض المعارضة في الأمر الصادر بعدم تقدير هذه المصاريف لأنها ليست من قبيل المصاريف التي يتكرر دفعها أمام محكمة الإحالة عند اتصالها بالاستئناف المرفوع لديها (ن ٢٠٠ م ٧ يولييه سنة ١٩٣٤ الحامدة س ١٥ ق ٢٣ رقم ٢٣)

(٢) يجب في فرنسا على طالب الرد أن يقدم إلى محصل مصلحة قيد le receveur de l'enregistrement وصل الدفع وسمادة رسمية على ورق تخف بمحكم النقض (جرسوويه قرة ٤٤٦)

الباب الثالث

في الإحالة بعد نقض الحكم^(١)

٣٦٧ — بينما من قبل لم وجبت في فرنسا إحالة الموضوع بعد نقض الحكم في جميع الأحوال إلا في صورتى الطعن لمصلحة القانون ولتجاوز السلطة ، ولم لم تجب في جميع الأحوال في مصر ، ثم ذكرنا الأحوال التى ينبغى لمحكمة النقض المصرية أن تحكم فيها بالإحالة والأحوال التى يجوز لها استبقاء الموضوع أمامها للفصل فيه .
وعلىنا الآن تحديد المحكمة التى تنبغى الإحالة إليها ، وتبيين الاجراءات التى تتبع أمامها وما سلطتها وكيف تسير فيما يحال إليها .

الفصل الأول

فيما هى المحكمة التى تحال إليها الدعوى

٣٦٨ — محكمة الإحالة فى النظام الفرنسى^(٢) هى فى النصاب — على

(١) هذا الباب مفعود لأحكام « إحالة القضية على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه » . أما إحالة الخصوم على « الجهة المختصة » عند نقض الأحكام فى مسائل الاختصاص ، فقد ذكرنا أحكامها من قبل (راجع قرة ٣٥٧ من هذا الكتاب)

(٢) قد كان الخصوم أنفسهم قبل ذلك ، وعملاً بقانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ — أول ديسبر سنة ١٧٩٠ ، حق اختيار محكمة الإحالة من المحاكم السبع المجاورة للمحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه (كريون ج ٣ قرة ٢٩٠ والبندىك قرة ١٦٠٩ وبرتوار فالوز قرة ٢١٢٥)

ما تقضى به المادة ٨٧ من قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨ — محكمة أخرى من درجة المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، تختارها محكمة النقض من بين المحاكم المجاورة لتلك المحكمة وتعلن اسمها في حكمها أو في قرار تصدره بعد ذلك في غرفة المشورة^(١) ، إلا أن يكون الحكم المطعون فيه صادرا عن قاضي المصالحات أو عن إحدى المحاكم الابتدائية ويكون سبب نقضه تجاوز حدود السلطة ، فإن الإحالة تكون عندئذ إلى محكمة ابتدائية في الصورة الأولى ، وإلى محكمة من محاكم الاستئناف في الصورة الثانية^(٢) .

أما في مصر فمحكمة الإحالة هي المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، على ألا يكون من ضمن أعضائها أحد من القضاة الذين اشتركوا في إصداره .

الفصل الثاني

كيف تتصل محكمة الإحالة بالدعوى وكيف تسير فيها ؟

الفرع الأول

في اتصال محكمة الإحالة بالدعوى

٣٦٩ — قلنا إن نقض الحكم يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن وإعادة الخصوم إلى ما كانت عليه القضية وكانوا عليه هم قبل إصداره . وهول الآن إن

(١) جارسونيه فقرة ٤٤٧ ص ٧٦٥
وللمحكمة النقض الجنائية أن تحيل الدعوى إلى أية محكمة إحالة تكون من درجة المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه (المواد ٤٢٧ و ٤٢٩ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي)
(٢) جارسونيه في المرجع المتقدم . وتنص المادة ٤٢٩ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي على أن محكمة النقض تحيل القضية إلى المحكمة المختصة إذا كان سبب النقض هو مخالفة قواعد الاختصاص ، وقد تكون المحكمة المختصة محكمة ابتدائية (البديكت فقرة ١٩١١)

محكمة الإحالة لا تنصل بالدعوى التي أحييت وأعيدت إليها، إلا إذا عجّلها^(١) طالب التعجيل لإحدى الجلسات^(٢).

٣٧٠ — فإذا لم تعجل الدعوى وبقيت المرافعة منقطعة ثلاث سنوات بعد أن فتح لها طريق السير نحو الحكم الجديد، جاز لمحكمة الإحالة أن تحكم ببطلان المرافعة وجاز أن يترتب على حكمها بالبطلان اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا لا يستأنف بالتطبيق للمادتين ٣٠١ و ٣٠٤ من قانون المرافعات.

وقد اختلف في فرنسا في أى التاريخين يجب اعتباره مبدأ لاحتساب مدة انقطاع المرافعة ؟ أيكون هو تاريخ صدور حكم محكمة النقض، أم تاريخ إعلان هذا الحكم لمن توجه إليه دعوى بطلان المرافعة (وهو المستأنف أو المدعى أمام محكمة الموضوع). فذهب ملحق دالوز — على ما يظهر — إلى وجوب التفرقة بين ما إذا كان طلب بطلان المرافعة موجهاً للطاعن الذى صدر حكم النقض في مصلحته وبين ما إذا كان هذا الطلب قد وجه إلى المدعى عليه في الطعن، ثم إلى اعتبار تاريخ إعلان هذا الحكم مبدأً للحساب في حق المدعى عليه في الطعن وإلى اعتبار تاريخ صدور الحكم في حق الطاعن، اعتباراً بأن المدعى عليه في الطعن غير مكلف بإعلان حكم النقض الصادر لتغير مصلحته إلى خصمه، وهو يستشهد في ذلك بحكم دائرة العرائض الصادر في ٢٨ يونه سنة ١٨٧٥^(٣). ويقول المستشار فافى إن محكمة النقض تميل إلى تفرقة أخرى تقيّمها على أساس كون الحكم الصادر من محكمة النقض حضورياً أو غيابياً، فتعتبر تاريخ حكم النقض مبدأ الحساب إذا

(١) جاء في نص الفقرة التالية « إذا طلب ذلك الخصوم » وجاء في المذكرة الإيضاحية أنه « يجوز للخصوم أن يكفوا إذا شاءوا بحكم محكمة النقض . . . » ولغنى أن الخصوم أن يكفوا بحكم محكمة النقض أو يطلبوا الحكم في الدعوى من محكمة الإحالة.

(٢) لا تنصل محكمة الإحالة بالدعوى في فرنسا إلا إذا أعلن حكم النقض للنقض وعجلت الدعوى أمامها. ووجوب إعلان الحكم مستفاد من نص المادة ٩ من الباب الثالث عشر من لائحة ١٧٣٨ التي تنص على بطلان ما يتخذ من إجراءات تنفيذ الأحكام قبل إعلانها (تعليقات دالوز فقرة ٥٦٥٧ و ٥٦٦٠)

كان الحكم حضورياً ، سواء رفعت دعوى إبطال المرافعة على الطاعن أو على المدعى عليه في الطعن . فإذا كان المدعى عليه في النقض هو المستأنف فإنه يجب أن تحتسب عليه مدة الانقطاع من تاريخ صدور حكم النقض ، لأنه هو الذي عليه أن يتابع السير في استئنافه من يوم أن فتح له حكم النقض طريق السير فيه أمام محكمة الإحالة^(١) .

أما في مصر فإذا كانت أحكام محكمة النقض معتبرة كلها حضورية لا يجوز الطعن فيها بالمعارضة ، فالصواب لذلك عندنا هو ما جاء بملحق دالوز من التفصيل المتقدم .

الفرع الثاني

في سير الدعوى أمام محكمة الإحالة

٣٧١ — ومتى أعيدت الدعوى إلى المحكمة فإنها تأخذ طريقها إلى الحكم من النقطة التي كانت بلغت إجراءات المرافعة قبل الحكم المنقوض . فإن كان الحكم قد قضى لوقوع بطلان فيه أو مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، جاز الشروع في الحكم على حاصل الأقوال والطلبات الختامية السابق تقديمها بغير احتياج إلى إجراءات أخرى . وإن كان قد قضى لوقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، سير في الدعوى من النقطة السابقة لتلك الإجراءات^(٢) .

ويترتب على كون محكمة النقض تقضى بنقض الحكم المطعون فيه وبإعادة الخصوم والدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض لتفصل فيما بينهم من جديد ، أن الخصومة تنحصر أمامها بين من صدر بينهم حكم النقض في حدود

(١) فائى ص ٣٠٧ وهامش ٢ الذى استشهد فيه بحكم النقض الصادر في ١٢ يونيو

سنة ١٨١٢ للنزه عنه في ربررتوار دالوز تحت كلمة بطلان مراضة فقرة ١٠٢

(٢) أما إن كان الاجراء الباطل قد وقع أمام محكمة الدرجة الأولى فالدعوى تسير أمام محكمة الإحالة على الوجه الذى تقتضيه ظروفها وإنما لا تعود القضية أمام محكمة الدرجة الأولى .

ما نقض من الحكم المطعون فيه ، وأن يكون لهؤلاء الخصوم أن يسلكوا أمامها ما كان يجوز لهم أن يسلكوه من مسالك الطلب والدفع ووجوه الدفع ، وأن يكون للمحكمة من مسالك الحكم ووسائله ما كان لها من ذلك قبل صدور الحكم المنقوض .

المبحث الأول — ولاية المحكمة من جهة الخصوم

٣٧٢ — لا ولاية لمحكمة الإحالة إلا على من صدر بينهم حكم النقض وغيرهم ممن تعدت آثار هذا الحكم إليهم ، على ما سبق تفصيله في موضعه من هذا الكتاب .

فلا تتصل هذه المحكمة إذن ، لابقن كانت محكمة الموضوع قد حكمت بإخراجه من الدعوى ، ولا ببقن قضت له نهائيا برفض دعوى خصمه عليه ولم يكن خصما أمام محكمة النقض ولا هو ممن تتعدى إليه آثار حكم النقض بطريق اللزوم أو التبعية^(١) (par voie de conséquence) . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض حكم محكمة إحالة لحاققتها لهذا الأصل في القضية الآتية : دعوى استحقاق أدخل فيها المدعى عليه بأثمه ضامنا له ، وأدخل هذا الضامن ورثة بأثمه ضامنا له كذلك ، وحكمت محكمة الاستئناف بإخراج بعض الورثة من دعوى الضمان الثانية (اعدم صحة إعلائهم) وقضت في الدعوى الأصلية بطلبات المستحق ، وفي دعوى الضمان الأولى بإلزام المدعى عليه فيها بالضمان ، وفي دعوى الضمان الثانية بإلزام الورثة الباقين في الخصومة بالضمان كذلك . فظن هؤلاء الورثة في الحكم وادعوا أنهم قد ألزموا بمبلغ الضمان كله مع وجوب عدم إلزامهم إلا على نسبة حصصهم في الميراث فنقضته محكمة النقض ، ولما أعادت محكمة الإحالة النظر في الدعوى ألزمت

(١) تبينه من ٥٢٦ وهامش ٢ وراجع ن . ف ٣٠ مايو ١٨٧٦ (س ٧٧ —

١ — ٢٥٦) في عدم قبول التدخل أمام محكمة الإحالة ممن لم يكن خصما أمام محكمة النقض في دعوى بحق قابل للتجزئة .

جميع الورثة بالضمان من كان أخرج منهم ومن أتى ، على اعتبار أن حكم النقض قد تناول دعوى الضمان الثانية بجميع أجزائها وبالنسبة لجميع الورثة . فظن في هذا الحكم فنقضته محكمة النقض ^(١) .

٣٧٣ — وقد اختلف في خصم أدخله المدعى عليه ضامناً له ، ثم حكم في الدعوى الأصلية برفضها وفي دعوى الضمان بأن لا محل بعد للحكم فيها ، ثم ظن المدعى الأصلي في الحكم الصادر برفض دعواه وقبل الطعن ونقض الحكم ، هل تعود الخصومة معه إلى ما كانت عليه قبل الحكم للنقض ورغم عدم اختصاصه في الطعن أم لا تعود ؟ قضت محكمة استئناف (كان) بجواز إدخاله ^(٢) ، تأسيساً على أن الحكم في دعوى الضمان بأن لا محل للفصل فيها قد ترتب في الواقع على الحكم في الدعوى الأصلية برفضها ، ومتى ترتب الحكم في جزء من أجزاء الدعوى على الحكم في جزء آخر فإنه يترتب على نقض الحكم في هذا الجزء نقض الحكم في الجزء المترتب هو عليه . على أنه قد قيل في ملحق دالوز ^(٣) ان ما جاء بأسباب هذا الحكم من أن نقض الحكم الصادر بالرفض في الدعوى الأصلية قد ترتب عليه نقض الحكم الصادر في دعوى الضمان ، لم يكن ليحسم النزاع القائم حول ما إذا كان يجوز للمضمون — بعد أن أهمل إدخال ضامنه أمام محكمة النقض — أن يدخله بعد ذلك أمام محكمة الإحالة ، وهي مسألة أخرى تتعلق في الواقع بما إذا كان للمضمون يمكن اعتباره قانوناً أنه قد مثل ضامنه في الخصومة التي قامت بينه هو وبين الطاعن في خصوص الحكم الصادر في الدعوى الأصلية فيسرى عليه حكم النقض ، أم لا يعتبر أنه مثله فيصبح الحكم الصادر برفض دعوى

(١) ن . ف ١٤ أبريل سنة ١٨٨٥ (د ٨٥ — ١ — ٤٠١) وقد سبق التمثيل بهذا الحكم في موضع آخر (س ٦٦٠ — ٦٦١)

(٢) محكمة استئناف كان في ١٥ يونه سنة ١٨٧٧ (د ٧٨٥ — ٢ — ١٧٤) وتعليقات دالوز ٥٦٩١ .

(٣) ملحق دالوز ٤٨٠

الضمان نهائياً لايحوز الرجوع فيه . وهذا النظر الأخير هو ما يظهر أن محكمة النقض الفرنسية تميل إليه ^(١) ، وهو ما قضت به محكمة اميان بحكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٨٧٧ ^(٢) .

٣٧٤ — وكذلك قد اختلف في فرنسا فيما إذا كان يجوز لمن لم يكن خصماً العلم أن يتدخل أمام محكمة الاحالة . فذهب دالوز فيما علق به على حكم محكمة استئناف أورليان الصادر في ٤ يونيه سنة ١٨٩٢ ^(٣) إلى عدم الجواز ، محتجاً بأن محكمة الاحالة لا تستطيع — وقد نذبتها محكمة النقض لتفصل فيما أحواله إليها من مسائل الدعوى بين خصوم معينين — أن تتجاوز حدود ولايتها هذه فتقبل إدخال من لم يكن خصماً في الطعن أو تدخله ، ومستشهداً على ذلك بحكمي محكمة النقض الصادرين في ١٧ نوفمبر سنة ١٨٣٥ و ١٨ يناير سنة ١٨٣٧ ^(٤) . ولكن يميل المستشار فاي إلى جواز التدخل مستدلاً بمجموع نص المادة ٤٦٦ من قانون المرافعات التي تميزه في أي حالة كانت عليها الدعوى ، ومجيباً على هذين الحكمين الصادرين عن محكمة النقض بأنهما إنما منعا من قبول التدخل الجبري ، وإن جاءت أسبابهما بصيغة مطلقة تشمل التدخل الجبري والتدخل الاختياري ^(٥) .

ولا محل لهذا الاختلاف في مصر لأن محكمة الاحالة هي نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الطعن فيه ، فتصير المسألة — كما لو عرضت على المحكمة قبل إصدار الحكم للنقض — خاضعة للقواعد العامة التي تميز أو لا تميز التدخل

(١) ن . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٥ (٥٦ د - ١ - ٦٠) وتعليقات دالوز
فقره ٦٩٣

(٢) حكم محكمة استئناف اميان في ١١ مايو سنة ١٨٧٧ (٧٨ د - ٢ - ٢١٨)
وتعليقات دالوز فقرة ٦٩٢

(٣) حكم محكمة استئناف أورليان في ٤ يونيه سنة ١٨٩٢ (٩٦ د - ٢ - ١٦١)
والتعليق عليه

(٤) قد ذكرت أسباب هذا الحكم بهامش الفقرة ٢١٨٣ وص ٤٨٠ من ربرتوار دالوز .

(٥) ق.ع. ص. ٣١٠ وحامش ٨

بنوعيه أمام محكمة الدرجة الثانية . ولا محل لبحث ما إذا كان طالب التدخل قد تدخل أو لم يتدخل أمام محكمة النقض ، لأن القانون لا يميز التدخل أماما لمن لم يكن خصما أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه .

البحث الثاني - ولاية المحكمة من جهة الخصومة

٣٧٥ - ولاية محكمة الإحالة يحددها بالضرورة حكم النقض ، فتم كافة أجزاء الدعوى إذا كان النقض كليا ، وتخص ما قض من الحكم المطعون فيه إذا كان النقض جزئيا^(١) . فلا تملك محكمة الإحالة إذن حق الفصل فيما لم يطن فيه ولا فيما رفض الطعن فيه من أجزاء الحكم المنقوض^(٢) . ولا تختص بما يقوم في سبيل تنفيذ حكم النقض من الإشكالات الموضوعية متعلقاً برده ما يجب رده من أصل وفائدة تنفيذاً للحكم المطعون فيه ، فالاختصاص في ذلك يجب أن يكون لمحكمة النقض تطبيقاً لعبارة الأخيرة من نص المادة ٣٨٦ مرافعات^(٣) .

وما عليك لمعرفة ما يدخل في تصرف ولاية محكمة الإحالة من مسائل الدعوى إلا الرجوع إلى ما سبق تفصيله في باب آثار أحكام النقض ، فقد بينا في ذلك الباب متى يكون النقض جزئيا ، وكيف يعرف أنه جزئي أو غير جزئي ، وكيف يمتد أثر النقض في جزء من الحكم إلى أجزاء آخر منه ، ومتى يقع وما هي

(١) قاضي قرة ٢٧٥ س ٣٠٨ وجارسونيه س ٧٧٠ وريتروار دالوز قرة ٢١٧٧ وتيسيه س ٥٢٦ وهامش ٣ وكاربتيه قرة ٥٠٣٢ وما بعدها .

(٢) ريرتوار دالوز قرة ٢١٧٢ وتيسيه المرجع السابق وحكم محكمة برو في ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ (د ٩٤ - ٢ - ٣٤) و ع . ف ٢٠ يناير سنة ١٩١٩ (س ٩٢١ - ١ - ٢٥٢)

(٣) راجع قرة ٣٤٨ من هذا الكتاب . وهذه الاشكالات في فرنسا لا تكون من اختصاص محكمة الإحالة ، لأن اختصاصها عارض ومحصور في الموضوع التي أجبل إليها (كاربتيه قرة ٥٠٤٢ ون . ف ١٨ يناير سنة ١٨٣٧ (س ٣٧ - ١ - ١٢٤) بل هي من اختصاص محكمة محل التنفيذ (كاربتيه قرة ٥٠٥١ ون . ف ٢ مارس ١٨٦٩ س ٢٨٦٩ - ١ - ١٨٣)

أسبابه ، ومتى يتعدى أثر النقض إلى ما لحق الحكم بالنقض من أحكام وأعمال وإجراءات^(١)؛ ولم يبق إلا أن نورد لك بعض ما قضت به المحاكم الفرنسية تطبيقاً لتلك القواعد فنقول : قد قضى بأنه إذا طعن الخصمان في الحكم الصادر بينهما ورفض طعن أحدهما وقبل طعن الآخر ونقض الحكم فإن هذا النقض يكون جزئياً ولا يكون لمحكمة الإحالة إلا الفصل فيما نقض الحكم فيه خاصة بطلبات من قبل طعنه منها^(٢). وقضى بأن من حكم برفض دعواه المتضمنة طلب الحكم بالإزام خصمه بأن يدفع له أصل دينه ومتجدد فوائده ، ثم قصر طعنه على جزء الحكم القاضى برفض طلبه المتعلق بأصل الدين ، لا يجوز له — متى نقض الحكم — أن يطلب من محكمة الإحالة الحكم بمتجدد الفوائد ، وذلك اعتباراً بأن الطعن في الحكم ونقضه كانا جزئيين^(٣). وقضى بأنه متى كان الحكم بالنقض قد حكم برفض الطلبات الأصلية في أسبابه والطلبات الاحتياطية في منطوقه ، فإن نقضه يكون كلياً ومحكمة الإحالة تكون مختصة بنظر جميع الطلبات الأصلية والاحتياطية من جديد^(٤). وبأنه إذا رفضت محكمة الاستئناف الحكم بالطلبات الأصلية وقضت لصالحها على خصمه بالطلبات الاحتياطية ، ثم نقض هذا الحكم بناء على طلب المحكوم عليه ، فإنه لا يكون لمحكمة الإحالة أن تعيد النظر في الطلبات الأصلية التي صار الحكم برفضها اتهامياً لعدم الطعن فيه^(٥). وأنه إذا حكمت محكمة الاستئناف لبائع بنفاذ بيعه وبإلزام خصمه له بتضمينات تطبيقاً لشروط عقد

(١) رقم ٣٣٦ وما بعده من هذا الكتاب .

(٢) كاربنتييه ققرة ٥٠٤٥ وحكم محكمة رن في ٢٢ أبريل سنة ١٨٣٢ وقد أشير إلى هذا الحكم في هذه الققرة وفي ربرتوار دالوز ققرة ٢١٧٧ .

(٣) كاربنتييه ققرة ٥٠٤٧ ون . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٤١ (س ٤١ — ١ — ٤٨٣)

(٤) كاربنتييه ققرة ٥٠٨١ ون . ف أول مارس سنة ١٨٥٢ (س ٥٢ — ١ — ٧٤١)

(٥) حكم محكمة ايمان في ١٤ فبراير سنة ١٨٤٠ (بنديكت ١٨٤١ — ١ — ٧١٨ و ربرتوار دالوز ققرة ٢١٧٢)

البيع ، ثم تقض الحكم لعدم اشتتاله على الأسباب التي بنى عليها الحكم بالتضمينات فإنه يكون لمحكمة الإحالة أن تنظر الدعوى برمتها متى تبين لها أن بين طلب الحكم بالتضمينات وطلب الحكم بنفاذ البيع بشروطه من الاتصال وعدم الانفكاك ما لا يمكن معه اعتبار النقص جزئياً^(١) .

٣٧٦ — ولقد بحث في فرنسا عما يدخل في ولاية محكمة الإحالة إذا كان الحكم المنقوض حكماً تهديدياً أو حكماً صادراً في مسألة اختصاص ، تقريباً عما هو مقرر عندهم من جواز الطعن في الأحكام التمهيدية استقلالاً ، ومن وجوب الحكم بالإحالة عندهم كذلك في جميع الأحوال ومن عدم تقيد محكمة الإحالة بما رآته محكمة النقض في حل المسألة القانونية التي من أجلها تقض الحكم . لقد بحث في ذلك فجرى القضاء فيها بأنه متى كان الحكم المنقوض حكماً تهديدياً فإن محكمة الإحالة يكون لها أن تبحث من جديد للمسألة القانونية الأصلية التي صدر الحكم التمهيدي المنقوض على مقتضاها وأن تطلب موضوع الدعوى الأصلي وتفصل فيه ، ولو كانت محكمة الموضوع الأولى لم تتصد له واقتصرت على إلغاء الحكم التمهيدي للمستأنف ، بل لو كانت محكمة الدرجة الأولى أصدرت أثناء ذلك حكماً القطعي في الموضوع واستؤنف أمام محكمة الموضوع الأولى التي أصدرت الحكم التمهيدي المنقوض^(٢) . وكذلك قضى بأنه إذا كان الحكم المنقوض صادراً فقط في مسألة اختصاص فإنه يكون لمحكمة الإحالة — عند إعادة النظر في مسألة الاختصاص —

أن تفصل في الموضوع بطريق التصدي متى توافرت شروطه ورأت إلغاء الحكم المستأنف^(٣) . أما إذا رأت محكمة الإحالة تأييد الحكم للمستأنف فإن موضوع

(١) ب. ف. ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٧٩ (س ٨٠ — ١ — ١٩٨) .
(٢) تعليقات دالوز من قرة ٧٨٨ إلى قرة ٧٩١ والمراجع التي فيها ، وقاي
قرة ٢٤٦ و ب. ف. ٢٨ يناير سنة ١٨٤٨ (د ٥١ — ١ — ١٦٦) .
(٣) تعليقات دالوز قرة ٧٩٢ و ٧٩٣ و ب. ف. ١٧ يناير سنة ١٨٥٩ (٥٩ — ٢٢٠ — ١ — ٢٢٠) .

الدعوى يبقى من اختصاص المحكمة حسب قواعد الاختصاص العامة^(١) .
ولا يمكن تصور وقوع مثل ذلك في مصر لأن الأحكام التمهيدية عندنا لا يجوز
الطعن فيها بالتفرض استقلاً^(٢) ، ولأن الأحكام الصادرة في مسائل الاختصاص
لا يبقى بعد قضائها من مسائل الدعوى ما يستدعي إحالته إلى محكمة الموضوع
للفصل فيه من جديد . وحتى لو رفع الطعن في الحكم التمهيدى والحكم القطعى
المبنى عليه وكانت محكمة التفرض بنقضها الحكم التمهيدى قد قضت الحكم الصادر في
الموضوع بطريق التبع والإلحاق ، فالموضوع — في هذه الصورة — يدخل في ولاية
محكمة الإحالة بمقتضى الإحالة نفسها ، وبذا فلا يكون ثمة محل للبحث في أمر التصدى .
٣٧٧ — وتحكم محكمة الإحالة في مصاريف الاستئناف الذى أعيد إليها
نظره بعد التفرض ، سواء ما استحق منها قبل الحكم المتفرض في المرحلة الأولى وما
استحق بعد الإحالة . ولكن ليس لها — إذا قضت في الاستئناف على غير
مصلحة من كسب الطعن — أن تقضى عليه بما ألزمت محكمة التفرض خصمه به
من مصاريف الطعن وبعض مصاريف الاستئناف الذى فصلت في جزئه ،
ومصاريف إعلان حكم التفرض وتنفيذه بالرد^(٣) .

المبحث الثالث — ما يجوز لمصوم الدعوى أن يسلكه أمام

محكمة الإحالة من مسالك الطلب والدفع ووجوه الدفاع

٣٧٨ — وإذا يترتب على قض الحكم للطعن فيه وإعادة الدعوى إلى

(١) تعليقات دالوز فقرة ٥٧٩٢ وما بعدها .

(٢) أما إذا كان الحكم الذى تقضى هو الجانب القطعى للحكم المطعون فيه (كما إذا صدر
بجواز الالبات بالينة والتحقق) وكانت محكمة التفرض قد قضت بالإعادة ، فإنه يجوز لمحكمة
الإحالة — إذا رأت أن الواقع المراد إثباتها غير متعلق بالدعوى ولا جائزة القبول فيها — أن
تفصل في موضوع الدعوى على ما تراه .

(٣) فاق فقرة ٢٧٩ ص ٣١١ ون . ف ١٤ يولييه ٥٢ (د ٥٢ — ١ — ٢٠٣)
و ٢٦ يناير سنة ١٨٨١ (د ٨١ — ١ — ١٥٠) و ٢٢ فبراير ١٨٩٩ (د ٩٠٠ — ١ — ٢٣٠)

المحكمة التي أصدرته أن يرجع الخصوم بالنسبة للجزء المحكوم بنقضه إلى حالتهم التي كانوا عليها قبل إصدار الحكم للنقض ، كان لهم أن يسلكوا أمام هذه المحكمة من مسالك الطلب والدفع والدفاع^(١) ما كان لهم أن يسلكوه من ذلك قبل إصداره . فلم أن يضيفوا إلى طلباتهم الأصلية ما أجاز لهم القانون إضافته في الاستئناف من الأجر والقوائد والأرباح ونحو ذلك مما يتبع الأصل « من وقت تقديم آخر الطلبات في المحكمة الابتدائية » وكذلك « ما زاد في التعويضات من وقت الحكم المستأنف » ، وذلك تطبيقاً للمادة ٣٦٨ مرافعات^(٢) ؛ كما يجوز لهم أن يبدوا من الدفوع ووجوه الدفاع الجديدة لثبوت الدعوى أو قهها ، تطبيقاً للمادة ٣٦٩ مرافعات ، ما كان يجوز لهم إبدائه أمام محكمة الاستئناف التي أصدرت الحكم المنقوض^(٣) . فالمستأنف عليه يجوز له أن يدفع بأن الحكم المستأنف انتهائى لا يستأنف^(٤) ، وأن يرفع استئنافاً فرعياً^(٥) ، وأن يطلب الحكم بطلان المرافعة في الاستئناف المرفوع من خصمه ليصل بذلك إلى اعتبار الحكم المستأنف انتهائياً لا يستأنف^(٦) .

ويجوز لهم أن يبدوا أمام المحكمة ما لم يكن أبلوه من أوجه الدفع أو أوجه البطلان ، إلا أن يكون حتمهم فيه قد سقط بمواجهة الموضوع^(٧) ، فالساقط لا يعود .

(١) جارسونيةقرة ٤٥٠ من ٧٧٠ وتيسيه من ٥٢٦ و ٥٢٧ وتعليقات دالوز من ققرة ٥٧٤٩ إلى ٥٧٨٧

(٢) تيسيه من ٥٢٦ هامش ٤ ون . ف ١٤ مايو ١٨٥١ (د ٥١ - ١ - ٢٦١) و ٤ أبريل سنة ١٨٩٢ (س ٩٧ - ١ - ٥١٦) وحكم بواتيه ٢٩ يونيو سنة ١٩٠٤ (نهر بهامش ع . ف ٢٢ يونيو سنة ١٩٠٥)

(٣) المرجع السابق وجارسونية من ٧٧٠ هامش ٧ وريتروار دالوز ققرة ٥٠٦١

(٤) حكم محكمة تولوز في ٦ فبراير سنة ١٩٠٧ (س ٩٠٨ - ٢ - ١٩٨)

(٥) جارسونية من ٢٦٩ وحكم محكمة موبليه في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٦٤ (د ٦٥ - ٢ - ٢١٦ وتيسيه من ٥٢٧ هامش ١)

(٦) جارسونية من ٢٧١ هامش ٢٣ وع . ف ٧ نوفمبر سنة ١٨٨٨ (د ٨٩ - ١ - ٢٥٩)

(٧) فاي من ٣٠٩ وتيسيه من ٥٢٦

فمن كان له أن يطلب بطلان صحيفة الدعوى مثلاً وكان سقط حقه في هذا الطلب لحضوره الجلسة ومواجهته موضوع الدعوى ، لا يكون له بعد نقض الحكم أن يتمسك بهذا البطلان^(١) . ومن لم يظن في أعمال خبير نذبت المحكمة وسقط حقه في ذلك لا يكون له أن يظن فيها بعد نقض الحكم الصادر في موضوع الدعوى .

وعلى الجملة ما من وجه دفاع يمكن أن يفيد خصم من قول أو اعتراف أو إجراء إلا ويكون له الحق في إيدائه كذلك ، ما لم يمنع منه مانع قانوني . فمن رفض ماعرضه خصمه عليه من ترك التمسك بورقة من أوراق المرافعات الحاصلة أثناء الإجراءات السابقة للحكم المنقوض ، لا يجوز له — بعد أن عدل خصمه عما عرض — أن يدعى أن حكم النقض يميز له قبول هذا الترك بعد رده على صاحبه من قبل . ويجوز لم إيداء وجوه دفاع جديدة ، بل يجوز لم — في حدود ما نقض من الحكم على ما سبق تفصيله — إيداء ما سبق لم إيدأؤه من أوجه الدفع ووجوه الدفاع ، سواء منها ما أخذ به الحكم المنقوض أو قضى برفضه^(٢) ضمناً ، أية كانت علة نقضه . ذلك لأن الحكم الذي نقض لا تكون له بعد نقضه أية حجية بالنسبة لأي دفع أو دفاع يكون قد رفضه أو قبله ، فجميعها تعود له الحياة ويصح تقديمه من جديد لمحكمة الإحالة ، ولهذا المحكمة أن تدخل في بناء حكمها الجديد ما تراه

(١) المرجع السابق .

(٢) وفي ذلك قال جارسوني : إن محكمة الإحالة تبحث جميع المسائل التي حلها الحكم المنقوض ولو ضمناً ، وجميع وجوه الدفاع التي حلها هذا الحكم أو رفضها ، وجميع المسائل الفرعية المتصلة بذلك ، وكل ما يعتبر أنه من ملحقاتها ولوازمها الطبيعية

Elle connaît de toutes les questions résolues même implicitement par cet arrêt, de tous les moyens qu'il a accueillis ou rejetés, de tous les incidents qui s'y rattachent et de tout ce qui en forme l'accessoire naturel.

(راجع ص ٧٦٩ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦) وقال في هامش ٤ : غير أن يجتج في ذلك كله بقوة الشيء المحكوم به l'exception sans qu'il puisse opposer à cet égard le la chose jugée.

صالحا لبنائه ، حتى ما يكون قد رفضته من قبل ^(١) .

ومن الشواهد على هذه القاعدة حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية في ٣ مارس سنة ١٨٣٤ . وحصل قضيته أن كنبيلة محولة ضاعت من يد حاملها ، فطالب المسحوب عليه بقيمتها ، فاعتل هذا بأن ليس عنده لمن سحبها مقابل الوفاء وأثبت ذلك في بروتستو عدم الدفع ، فرجع صاحب الكنبيلة على من كان حولها له ، فدفع هذا بيطلان البروتستو محتجاً بأن صاحب الكنبيلة كان عليه أن يرضى الأمر على قاضى الأمور الوقتية ويثبت تحويل الكنبيلة ليأذنه برضها على المسحوب عليه ليدفع قيمتها تطبيقاً لنص المادتين ١٥١ و ١٥٢ من قانون التجارة (المقابلتين للمادتين ١٥٠ و ١٥١ من قانون التجارة الأهلى) فلم تسبأ محكمة الدرجة الأولى بهذا الدفاع وقضت بإلزام الحيل بدفع قيمة الكنبيلة . فاستأنف وأصر على دفاعه التعلق بيطلان ورقة البروتستو ، وطلب الاستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف وأضاف إلى ما أجاب به على هذا الدفاع وجهاً آخر ، محصله أن اسمى الساحب والحيل الأول للذكورين فى الكنبيلة لم يكن لمسيبهما وجود فى واقع الأمر بل هما اسمان صوريان ، فما كان عليه لذلك أن يستأذن قاضى الأمور الوقتية فى عرض الكنبيلة على المسحوب عليه ولا أن يرضها على المسحوب عليه بالفعل ، ثم أضاف إلى ذلك أن خصمه هو الحيل المباشر للكنبيلة فهو مسئول عن وجود الدين الذى حوله تطبيقاً للمادة ١٦٩٣ من القانون المدنى ، فحكمت محكمة الاستئناف بيطلان ورقة البروتستو بتأييد الحكم المستأنف . ولما نقض هذا الحكم أعاد حامل الكنبيلة دفاعه المتقدم الذكر ، فدفع خصمه بعدم قبوله مدعياً أن حكم محكمة الدرجة الأولى أصبح انتهاياً فى جزئه الخاص برفض الدفع بيطلان ورقة البروتستو ، فلم تأبه لذلك محكمة الإحالة وحكمت بتأييد الحكم

(١) تطبيقات دالوزقرة ٥٧٥٥ وما بعدها وفيها الأحكام المؤيدة لهذه القاعدة . وقد

جاء بفقرة ٥٧٧٠ أن رأى الخائف لذلك مرجوح .

المستأنف . ولما طعن في الحكم الاستثنائي أبرمته محكمة النقض ، وقالت في أسباب حكمها : إن محكمة الاستئناف الأولى لم تنص في حكمها الذي تقض على إلغاء الحكم المستأنف ، بل إنها قد أيدته ، وغاية ما في الأمر إنها رفضت الوجه القانوني الذي اعتمدت عليه محكمة الدرجة الأولى وأقامت قضاءها على وجه قانوني آخر ؛ وإنها (أي محكمة النقض) إذ تقضت هذا الحكم الاستثنائي قد أعادت الخصومة والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدوره ، ولذلك كان على محكمة الإحالة أن تنظر في جميع ما سلكه الخصوم أمامها من وجوه الدفاع تأييداً لمطالبهم ودفعهم^(١) .

ومن الشواهد أيضاً حكم آخر أصدرته في ٧ أبريل سنة ١٨٥٢ . وقد كان المستأنف عليه طلب من محكمة الموضوع الأولى الحكم ببطالان صحيفة الاستئناف لعدم إعلانها له في الحل الواجب إعلانها فيه ، فلما قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وقضت هذا الحكم برمته ، أعاد المستأنف عليه دفعه هذا للموضوعي أمام محكمة الإحالة ، فدفع المستأنف بأن خصمه هذا قد قبل الحكم المنقوض فلم يطقن فيه ، ولذلك لا يكون له الحق في أن يتمسك ببطالان الاستئناف المحكوم بصحته ، ولكن محكمة الإحالة لم تجبه إلى ما طلب . فلما رفع الأمر إلى محكمة النقض قالت : إنه ما كان على المستأنف عليه أن يطقن في الحكم الصادر لمصلحته بتأييد الحكم المستأنف ، وإن هذا الحكم قد قضى كله فالمستأنف أن يدفع ببطالان صحيفة الاستئناف من جديد ، وإن صورة الدعوى الحالية ليست هي الصورة التي يصح القول فيها بأن الحكم المطعون فيه — إذ تضمن جزئين متميزين أحدهما عن الآخر — ينبغي اعتبار نقضه مقصور الآخر على جزئه الذي حكم بنقضه^(٢) .

(١) حكم ٣ مارس سنة ١٨٣٤ (س ٨٣٤ - ١ - ٢٧٠)

(٢) (٥٢٣ - ١ - ١٠١) و (٥٤ - ١ - ١٠٧) وراجع كذلك

ن . ف ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ (س ٨٦ - ١ - ٢٢١) وكاربنتيهقرة ٥٠٥٧ . وينبغي الإشارة هنا إلى ما نبهت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها هذا من أنه متى كان النقض كلياً =

والمنصوص أن يسلكوا من مسالك الدفاع ما تقضى به حالة الدعوى ، مع مراعاة ظروف الأحوال التي طرأت بعد الحكم المنقوض^(١) ، من تقديم أوراق ومستندات جديدة وإنكار الخطوط والظن في الأوراق بالتزوير وطلب إجراء التحقيق وتوجيه اليمين الحاسمة . بل لم أن يطلبوا إحالة القضية إلى التحقيق لإثبات ما قضى الحكم المنقوض بعدم قبول طلب إثباته من وقائع الدعوى لعدم تعلقه بها^(٢) ، أو لسماع أقوال من رفض هذا الحكم سماع أقوالهم من الشهود^(٣) .

المبحث الرابع — ما يجوز لمحكمة الإحالة من مسالك الحكم ووسائله

٣٧٩ — لمحكمة الإحالة من مسالك الحكم ووسائله ما كان لها من ذلك قبل إصدار الحكم المنقوض ، وإنما يتحتم عليها أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة (الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون) . فلها أن تسلك إلى الحكم مسالك التحقيق المعتادة من التحقيق بالبيننة واستجواب الخصوم والانتقال للمعينة والاستعانة بالخبراء وتحليف اليمين المتممة والحكم برد الأوراق وبطلانها من تلقاء نفسها ، إلى آخر ما كان يجوز لها سلوكه

== وعما فانه يترتب على نقض الحكم الطعون فيه عودة الخصومة والخصوم إلى ما كانوا وكان عليه قبل صدوره ، حتى لو كانت محكمة النقض تعرضت لبحث بعض وجوه الطعن ورفضتها . أما إذا كان ما حكمت برفضه من هذه الوجوه ، خاصا ببعض أجزاء الحكم المنقوض واستثنت هذه الأجزاء وأثبتت الحكم الطعون فيه نافذا فيها ، فإن النقض يكون جزئيا ولا يصح لمحكمة الإحالة أن تعود إلى هذه الوجوه التي حكمت محكمة النقض برفضها لتعلقها بما لم يقض من الحكم للطعون فيه .

وراجع أيضاً ما قلناه في فقرة ٣٣٧ من هذا الكتاب .

(١) ربرتوار دالوز فقرة ٢١٥٧ وجارسونيه ص ٧٧٠ وهامش ٨ ع . ف ٤ أبريل سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ — ١ — ٢٣٠) ع . ف ٢٢ أكتوبر سنة ١٨٩٤ (س ٩٧ — ١ — ٥١٦)

(٢) جارسونيه ص ٧٧٠ هامش ١١ ، وقد أشير فيه إلى ع . ف ١٩ أبريل سنة ١٨٣٦ (ربرتوار دالوز تحت كلمة تحقيق الخطوط فقرة ٨٩)

(٣) جارسونيه ص ٧٧٠ وقد أشير في هامش ١٢ إلى ربرتوار دالوز فقرة ٢١٥٧ وإلى حكم ع . ف أول مارس سنة ١٨١٠ .

من طرق التحقيق . بل إن لها أن تحصل فهم الواقع في الدعوى من غير الطرق التي كانت حصلته منها من قبل ^(١) ، وأن تمتد في تحصيل فهمها على ما يكون قد قدم لها من وجوه الدفاع ^(٢) والأوراق والمستندات والأحكام ^(٣) ، وعلى ما استجد أمامها من الأقوال والاعترافات ^(٤) والوقائع ^(٥) وما طرأ على القضية من ظروف الأحوال والملابسات ^(٦) ، أو على عناصر التحقيق الأخر السابق تقديمها . فإذا كان الحكم المنقوض قد اعتمد على تقرير خبير الدعوى وأعماله ، مثلاً ، وكان سبب نقضه أن هذه الأعمال باطلة لعدم قيام الخبير بإعلان الخصوم باليوم الذي حدده لمباشرة العمل ، فإن للمحكمة أن تقضى في الدعوى بمثل ما قضت به معتمدة على عناصر تحقيق آخر ، ولها أن ترد القضية إلى الخبير لإعادة مآنب له ، كما أن لها أن تندب خبيراً آخر للقيام بمآنب من أجله الخبير الأول أو لإجراء عمل آخر تعيينه له ^(٧) .

- (١) ن . ف ٢٧ يونه سنة ١٨٣٧ (ربرتوار دالوز تحت كلمة jugement فقرة ٢٨٩)
 (٢) حكم نانسي في ١٣ فبراير سنة ١٨٦٧ (د ٦٧ - ٢ - ٣٦)
 (٣) حكم مونبليه في ٥ فبراير سنة ١٨٨٣ (د ٨٥ - ١ - ١٢٣)
 (٤) حكم نانسي في ١٣ فبراير سنة ١٨٦٧ (د ٦٧ - ٢ - ٣٦)
 (٥) ربرتوار دالوز فقرة ٢١٥٧ . وجلسونييه ص ٧٧٠ وهامش ٨ وحكم ١٢ أبريل سنة ١٨٥٨ (د ٥٨ - ١ - ١٧٩)
 (٦) حكم أول أغسطس سنة ١٨٨٨ (س ٩١ - ١ - ٦٦) وصورة الدعوى أن رجلاً أوصى لآخر بتركه وعلق نفاذها على عدم وجود عقب لابن عمه فلان عند وفاة أخته فلاة الوارثة له ، فطالب الوصي له بتسليم الوصية واختصم فيها هذه الأخت وابن العم ، غشكت محكمة الدرجة الأولى برفض الدعوى بالحالة التي هي عليها ، لأن الأخت لا تزال على قيد الحياة . ولما غشى الحكم الاستثنائي اصطلاح للوصي له وهو المتأنف مع من كانت أوصت له تلك الأخت بتركها هي ، فتنازل عن دعواه في الوصية مقابل مبلغ معين أخذه من قام مقام الأخت في الخصومة بعد وفاتها ، وطلب الطرفان إثبات الصلح بحضور الجلسة وتنازل المتأنف عن استثنائه ، فاضر ابن العم ، فلم تأبه محكمة الإحالة لمارضته ، فطن في الحكم ، فرفضت محكمة النقض طعنه الخامس بهذا الوجه ، وقالت : إن لمحكمة الإحالة أن تحكم في الدعوى المحالة إليها مع مراعاة ما استجد فيها من الظروف والوقائع ، وأن الحكم المطعون فيه لم يخطئ بما قضى به من إثبات تنازل المتأنف عن الاستئناف وعن الدعوى وأن لا مصلحة لابن العم من البقاء في الدعوى بعد التنازل عنها . وراجع ن . ف ٤ أبريل سنة ١٨٩٢ (س ١٨٩٧ - ١ - ١٦٦)
 (٧) ن . ف ٢٩ يولييه سنة ١٨٨٦ (د ٨٨ - ١ - ٤١)

وكذلك للمحكمة أن تخالف رأيها الأول فيما تحصله من فهم الواقع في الدعوى فتثبت أو تنفي ما تكون قد قننته أو أثبتته من قبل^(١) .

لما كل ذلك وغيره بشرط أن تتبع حكم محكمة النقض والإبرام في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة ، على ما سيأتي تفصيله في الفصل الآتي ، وبشرط ألا تخل بحجية الشيء المحكوم به التي اكتسبها حكم النقض^(٢) والأحكام السابغة التي لم يعطن فيها أو لم يشملها حكم النقض .

الفصل الثالث

كيف تفصل محكمة الإحالة في الدعوى

٣٨٠ — تتمتع محكمة الإحالة في النظام الفرنسي المعمول به منذ سنة ١٨٣٧ بمثل ما تتمتع به محكمة الموضوع الأولى من حرية واستقلال في الفصل في الدعوى المحالة إليها . فهي لذلك حرة في أن تفصل فيها كما ترى ، وليس عليها اتباع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي تكون هذه المحكمة قد فصلت فيها ، فإذا قضت في القضية بمثل ما قضى به الحكم الأول المنقوض ثم طعن في حكمها بالأسباب عينها التي طعن بها في الحكم الأول اجتمعت عندئذ دوائر محكمة النقض للفصل في

(١) ع . ف أول مارس سنة ١٨١٠ (ربرتوار دالوز قرة ٢١٥٧ من ٤٨١ بالمارش)
 (٢) ن . م . م . ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ (الممامة س ١٦ رقم ١١٥ من ٢٧٧) .
 وقد قالت فيه محكمة النقض : « إن حكم النقض الصادر في ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ هو حكم نهائي واجب الاحترام أكسب الشفع حقا لا يستطيع أحد سلبه . ومهما تكن محكمة الاستئناف مصيبة في قولها في حكمها المطعون فيه الآن من أن محكمة النقض قد أخطأت في حساب البعاد وأن آخر ما امتد إليه ميعاد الشفع هو يوم ٢٢ فبراير سنة ١٩٣١ الذي كان في الواقع يوم عمل لا يوم ٢٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، فإن محكمة النقض لا تستطيع بجاراتها لأن قوة الشيء المحكوم به مائة من هنا من هنا » .

الطنن ، ومتى أصدرت حكمها بتنقض الحكم الثاني لنفس الأسباب التي قضت من أجلها الحكم الأول ، وجب حينئذ على المحكمة التي تحال إليها القضية هذه المرة أن تتبع في حكمها حكم محكمة النقض^(١).

(١) كان المبدأ الأساسي في القانون العام أن الملك وحده هو الذي يقوم بتنفيذ القانون وأن عليه بيان وتفسيره . وذلك كان لمجلس الأنصاف — وهو شعبة من مجلس الملك خصصها الملك لنظر الطعون بما له من حق القضاء فيها باسمه مباشرة — إما أن يصدر حكمه في المسألة القانونية المختلف عليها ، ويضع حكمه على صورة اللائحة العامة النافذة فإذ القانون (arrêt de règlement) أو يطلب موضوع القضية ويفصل فيها . فكان يندر — لذلك — أن لا تتبع محكمة الإحالة حكم مجلس الملك في المسألة القانونية التي فصل فيها ، وإذا خالفته ورفع الأمر إليه قضت حكمها وأبرم حكمه الأول وفصل في الدعوى (كارتيتيه فقرة ٤١٠) . فلما أنشئت محكمة النقض (قانون ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠) حرم عليها التصدي للفصل في الموضوع وإصدار الأحكام في المسائل القانونية المختلف عليها على صورة اللوائح العامة النافذة فإذ القانون ، بل منعت من تفسير القانون التفسير الملزم لغيرها من المحاكم الأخرى ، اعتباراً بأن التفسير هو من خصائص السلطة التشريعية (السادتان ١٢ و ١٠ من ذلك القانون) وقد جعل لها الحق دائماً في أن تطلب من المشرع إصدار قانون تفسيري في المسألة القانونية الطروحة عليه تنقيده جميع المحاكم في كل القضايا ، وكان عليها أن تلتزم هذا السبيل كلما طعن أمامها في حكم محكمة الإحالة الثانية (بعد قضت الحكم مرتين) لنفس الأسباب التي سبق الطعن بها في حكم محكمة الموضوع الأولى وحكم محكمة الإحالة الأولى (ديكريتو أول ديسمبر سنة ١٧٩٥) .

ثم صار على محكمة النقض أن تتجسب إلى هذا التفسير التفسيري كلما طعن أمامها في حكم محكمة الإحالة الأولى (دستوره فريمور سنة ٨) . ثم جاء قانون ٢٧ فتوز سنة ٨ فنس في المادة ٧٨ منه على أنه إذا طعن في حكم محكمة الإحالة لنفس الأسباب التي قضت من أجلها حكم محكمة الموضوع الأولى فصلت دوائر محكمة النقض المختصة في الطعن الثاني ، غير أنه لم يلمس النص في هذا القانون على ما يكون لحكم الدوائر المختصة من قوة واعتبار ، ولما ظهر في العمل من أن محكمة الإحالة كانت تصدر أحياناً على عدم اتباع رأى الدوائر المختصة لمحكمته النقض أصدر قانون سنة ١٨٠٧ فكان ما أدخله من التصديل أنه إذا أصدرت محكمة الإحالة على مخالفة حكم محكمة النقض الثاني كان لمحكمته النقض أن تطلب من الحكومة (لا من السلطة التشريعية) تصديراً رسمياً لقانون أو تعميم الأمر إلى دوائرها المختصة منقذة برباسة وزير الحفانية ، فان رأت هذه المحكمة في المسألة القانونية رأياً موافقاً للمحكمين السابقين وخالفته بعد ذلك محكمة الإحالة للمرة الثالثة ، فان محكمة النقض يحسن عليها وقف نظر الطعن ريثما تصدر الحكومة لائحة بتفسير القانون على صورة اللوائح العامة الإدارية (dans la forme de règle-ments d'administration publique) وهذا التفسير الحكومي أو الإداري يعتبر كالتفسير أمام جميع المحاكم (كارتيتيه فقرة ٤١٦) .

ولم تكن لمحكمته النقض في هذه الأدوار الكلمة الأخيرة في المسألة القانونية المختلف

وقد قل هذا النظام إلى القانون البلجيكي بقانون ٧ يولييه سنة ١٨٦٥ .
 ٣٨١ — أما الشارع المصرى فقد عاب السير على هذه الطريقة ^(١) ، وقال
 عنها في مذكرته الايضاحية : « إنها وإن كانت قائمة على أساس منح القضاة أوفر
 قسط من الاستقلال ، يعيها كثيرا أنها تؤخر أمد الفصل في القضايا تأخيرا يزيد
 على الحد المعقول » ولذلك أوجب على المحكمة التى تحال إليها الدعوى منذ المرة
 الأولى أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة
 (المادة ٢٩ من القانون) .

وقد استعمل الشارع فى تأدية هذا المعنى نفس هذه العبارة التى استعملها
 الشارع الفرنسى فى المادة الثانية من قانون أول أبريل سنة ١٨٣٧ ، وهى :

« se conformera à la décision de la cour de cassation sur le
 point de droit jugé par la dite cour »

ولهذا كان علينا — عند تفهم معنى ما جاء بقانوننا من أن محكمة الإحالة

— عليها ، ولم تكن تتخذ بأحكام أية محكمة من المحاكم ، حتى فى شأن القضية التى تكون قد أصرت
 على الرأى فيها المرة بعد المرة ، بل كانت الكلمة الأخيرة للسلطة التصريفية أو لمجلس الدولة .
 ثم جاء قانون ٣٠ يولييه سنة ١٨٢٨ فأوجب على محكمة الموضوع التى تحال إليها الدعوى
 للحكم فيها للمرة الثالثة (بعد نقض الحكم الثانى الصادر من الدوائر المختصة) أن تجمع
 دوائرها فى الأخرى ، حتى إذا أصرت على الرأى المخالف للبدل المقرر من محكمة النقض
 والابرار وأقرت مراءىة محكمة الموضوع السابق كان حكمها الكلمة الأخيرة فى الخلاف وامتنع
 الطعن فيه أمام محكمة النقض لنفس الأسباب التى سبق الطعن من أجلها فى الحكمين السابقين .
 وبهذا النظام كانت الغلبة فى النهاية للمحاكم الاستئناف على محكمة النقض . ولذلك عدل عنه إلى
 النظام الحالى بقانون أول أبريل سنة ١٨٣٧ المشار إليه فى المتن (جارسونيه جزء أول بند ٩٢
 ودلاجراسى ص ٤٥ و ٤٦ وكاربنتييه من فقرة ٤١٠ لفاية ١٨ هامش ١ وشوشين
 فقرة ٣٦٤) .

(١) وقد عييت هذه الطريقة فى فرنسا ، فيما قيل فيها إنها تنرى المحاكم بمخالفة محكمة
 النقض فيما تحرره دوائرها المختلفة من البادئ القانونية ، وتلزم قضاتها بتجميعهم بأعادة النظر فى
 هذه البادئ ، وللاستأذ دلاجراسرى جلتان بليقتان أولاهما أن الدائرة الواحدة من دوائر
 محكمة النقض لا تقرر رأيا فى القانون إلا وهى ترغب لا تدرى ماذا يكون مصيره إذا أصرت
 المحاكم على مخالفتها ، وثانيهما أن محكمة النقض لا تستطيع إلزام المحاكم باتباع رأيا إلا بعد أن
 تحدد كل قواها بقصد دوائرها المختصة (دلاجراسرى ص ٤٥ — ٤٦)

يجب عليها أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة وإلا وقع حكمها مخالفاً للقانون متعين النقض — أن نتمتع على ما أعطى من معنى لمثل ما جاء من ذلك في القانون الفرنسي إذا خالفت محكمة الإحالة الأولى رأى محكمة النقض ووجب عرض الطعن في حكمها حينئذ على الدوائر المجتمعة لا على الدائرة المدنية وحدها .

قال فاي إنه يجب تقديم الطعن للدوائر المجتمعة رفضاً للخلاف بين حكم دائرة محكمة النقض الأولى والمحكمة الصادرين من محكمة الموضوع ومحكمة الإحالة متى كان بين الحكمين اتحاد في السبب والخصوم وصفاتهم وفي وجوه دفاعهم ، وكان مذهب حكم محكمة الإحالة القائم هو عليه مخالفاً لمذهب حكم محكمة النقض الأول الذي بنى على أساسه قض حكم محكمة الموضوع الأول^(١) :

Il faut qu'il y ait identité de cause, des parties, de qualité et de moyens. Il faut que la doctrine professée par l'arrêt attaqué et qui lui sert de base soit en contradiction manifeste avec celle qui a été adoptée par la cour de cassation et qui a motivé l'annulation du premier jugement.

وإذن فكل النى حرمة القانون على محكمة الإحالة إنما هو مخالفة رأى محكمة النقض في المسألة التي تكون فصلت فيها واكتسب الحكم قوة الشيء المحكوم به .

أما غير ذلك من الحكم في الدعوى على خلاف اتجاه حكم محكمة النقض أو بالمواقة للحكم الأول المنقوض فلا خلاف في جوازه ، لأنه ما دام يترتب على قض الحكم الطعون فيه اعتباره كأن لم يكن ورجوع الخصومة والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدوره ، وما دام للخصوم أن يسلكوا أمام محكمة

(١) قى م ٣١٤ وانظر كذلك كاربنتيه فترة ٥١٧٩ ون . ف ١٨ يولييه سنة ١٨٢٧ (س ١٨٢٧) وه ديسمبر سنة ١٨٣٦ (س ٨٣٧ — ١ — ٣٢) و ٣١ يناير سنة ١٨٤٣ (س ٤٣ — ١ — ٦١٦) وكاربنتيه فترة ٥١٧٦ ون . ف ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ (س ١٨٩١ — ١ — ٢٠٤)

الإحالة من مسالك الطلب والدفع والدفاع ما يريدون ، وما دام لهذه المحكمة من مسالك التحقيق والحكم ما لمحكمة الموضوع الأولى من هذه المسالك ، ما دام كل ذلك يترتب على نقض الحكم ، فلا مناص من أن يكون لمحكمة الإحالة الحق في أن تبني حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى تحصله حرة من جميع عناصر التحقيق ، أو على توجيهات قانونية أخر يقتضيها هذا الفهم غير التي جاءت بالحكم المطعون فيه واستوجبت نقضه . لا مناص من هذا ، كما لا مناص من أن يكون حكم محكمة الإحالة خاضعاً لرقابة محكمة النقض متى طمن فيه .

وللستشار فإى تعبير آخر عن هذا المعنى محصله أن محكمة الإحالة لا تكون بغير ذلك حرة في تقليب الدعوى على سائر وجوها ، وأن محكمة النقض مع ذلك يندر أن تبحث غير الوجه الذى تكون قد بنت عليه نقض الحكم . بل إنها في الغالب تترك بحث جميع الأوجه الأخر لتبقى المسائل المتعلقة بها بكرة أمام محكمة الإحالة ، ولذلك فهى لا تقضى برفض وجه طمن إلا إذا كان يترتب على رفضه نفاذ الحكم المطعون فيه في بعض أجزائه^(١) .

ولن يكمل لك فهم ما قلنا إلا إذا ضربنا فيه مثلاً وقدمنا لك مثلاً آخر من قضاء محكمة النقض الفرنسية .

أما مثلنا فهذا هو : افترض أن المسألة القانونية التي فصلت فيها محكمة النقض ونقضت على موجبها حكم محكمة الموضوع الأول هي عدم جواز الاثبات بالبينة في الدعوى ، فمحكمة الإحالة لما أن تمتد على ورقة صادرة من الخصم تعتبرها مبدأً ثبوت بالكتابة وتقضى في الدعوى وفق ما حكمت به محكمة الموضوع أولاً ، ولا يكون حكمها حينئذ مخالفاً لمذهب حكم محكمة النقض ، ولكنه يكون مع ذلك خاضعاً لرقابتها .

أما ما اخترناه من قضاء محكمة النقض الفرنسية فتتلخص قضيته في أن :

(١) كان مدينًا لـ (ب) ولـ (ج) وكان (ج) صاحب حق امتياز على مصنع اشتراه للدين منه . باع المدين بعض عقاراته واتفق مع المشتري ودائيه هو على أن يدفع المشتري الثمن لـ (ج) فيحل (ج) الدائن (ب) محل نفسه فى دينه الممتاز . سلم المشتري الثمن لوكيله (هـ) وسلم هذا الوكيل الثمن لـ (ج) وأخذ منه وصلا يعترف فيه بالقبض ، ووكل (ج) (هـ) فى تحرير عقد الإحلال لـ (ب) ثم حرر الوكيل العقد الرسمى بالدفع والإحلال على الوجه المتفق عليه . ولما بيع المصنع جبراً على صاحبه وفتح توزيع ثمنه طلب (ب) بصفته حالا محل (ج) تخصيص نفسه بالثمن فنازعت زوجة المدين ، وقد كانت تعيش منفصلة الأموال عن الزوج ، زاعمة أن وصل دفع الثمن إذ يتضمن الدفع من المشتري لصاحب الامتياز على المصنع ، فهذا الدفع قد سقط الدين الممتاز فلا يستطيع أن يحل (ج) الدائن (ب) محل نفسه فى الامتياز الذى أحله المشتري فيه إحلالاً قانونياً ، وأجاب (ب) بأن الدفع الحاصل من المشتري لـ (ج) كان لحسابه هو وعلى نية أن يحله (ج) محله فيه ، وأن العقد الرسمى المثبت لهذا الإحلال لا يمكن فصله فى النظر عن الوصل المتقدم الذكر ، فحكمت محكمة الدرجة الأولى والثانية برفض منازعة الزوجة ، فطعنَت الزوجة فى الحكم الاستئنافية بأنه قد خالف نص المادة ١٢٥٠ من القانون المدنى التى تقضى بوجوب وقوع الدفع والإحلال معاً ، وأن الوصل مهما دل على نية إيقاع الإحلال فالإحلال لم يقع فضلاً إلا عند تحرير العقد الرسمى فنقضت محكمة التقضى هذا الحكم لهذا السبب^(١) . وأمام محكمة الإحالة تمسك (ب) بعدم جواز الاحتجاج عليه بوصل دفع الدين المتقدم الذكر لأنه ورقة عرفية لم يصبح لها تاريخ ثابت رسمياً إلا من تاريخ العقد الرسمى ، وأن العقد الرسمى المثبت لإيقاع الدفع والحلول معاً هو الذى يصح الاحتجاج به عليه . فأخذت محكمة الإحالة بهذا الوجه من الدفاع وصححت الإحلال للدائن (ب) فاعتبرته دائناً ممتازاً

ورفضت مناقضة الزوجة . فطلعت الزوجة في هذا الحكم زاعمة أنه خالف نص المادة ١٢٥٠ كما خالفها الحكم الأول المنقوض وطلبت لذلك من الدائرة المدنية لمحكمة النقض إحالة الطعن على الدوائر المختصة فرفضت المحكمة طلبها هذا وقالت في حكمها : إن الطعن الأول كان قوامه مخالفة الحكم المطعون فيه لنص المادة ١٢٥٠ على ما سبق ذكره ، فلما نقض الحكم وأحيلت القضية إلى محكمة الإحالة تمسك الدائن بأن الوصل لم يكن له تاريخ ثابت رسمياً ، فبحثت محكمة الإحالة في هذا الوجه ، ولما تبينت صحته أصدرت الحكم المطعون فيه . ثم قالت وظاهر أن هذه المسألة القانونية لم تبحثها محكمة الاستئناف الأولى ، ولم تمسها محكمة النقض بحكمها الأول ، فاختلف وجه الطعن في هذه المرة الثانية عن وجه الطعن في المرة الأولى وصار لا محل لإحالة الطعن على الدوائر المختصة ^(١) .

هذا ولا خوف من تكرار الطعن في حكم محكمة الإحالة لغير الأسباب التي بنى عليها نقض الحكم الأول ، لأنه لم يقع إلا نادراً ، ولئن وقع فمحكمة النقض تستطيع — بما أعطيت من حق الفصل في موضوع الدعوى — أن تهى الخصومة عند الحكم بالنقض .

الباب الرابع

كيف تحكم محكمة النقض في موضوع الدعوى

٣٨٢ — قد بينا من قبل الصور التي تقتصر فيها محكمة النقض على نقض الحكم المطعون فيه والصور التي تحكم فيها بالنقض والاحالة ، وما الذي يدخل في ولاية محكمة الإحالة ، وما للخصوم أن يسلكوه أمامها من مسالك الطلب والدفع والدفاع ، وما لمحكمة الاحالة من مسالك الحكم ووسائله فيما أحيل إليها الفصل فيه ، ثم بينا الصور الأخرى التي يجوز فيها لمحكمة النقض استبقاء ما لم يحسمه حكمها من مسائل الدعوى لتحكم فيه بنير إحالة ، ولم يبق علينا إلا البحث فيما يكون للخصوم أن يسلكوه أمام محكمة النقض من مسالك الطلب والدفع ووجوه الدفاع ، وفيما يجوز لها هي أن تسلكه من مسالك التحقيق والحكم : أي يكون لهم ما كان لهم من ذلك أمام محكمة الإحالة ؟ وهل يكون لها هي ما يكون لمحكمة الإحالة ؟ أو يكون لها ولم من ذلك بعضه دون بعض ؟

٣٨٣ — أما أن الخصوم يختلف مركزهم أمام محكمة النقض بالنسبة لموضوع الدعوى عن مركزهم أمام محكمة الإحالة ، فما لا يحتل الشك . ذلك لأنهم من جهة لا يتناولون في مرافعتهم الشفوية والتحريرية أمام محكمة النقض إلا أسباب الطعون وأسباب دفعها ، ولأن هذه المحكمة — من جهة أخرى — متى حكمت بنقض الحكم المطعون فيه لا تفتح لهم باب المرافعة في الموضوع للتكلم فيه بجملة أخرى ، وإنما تقضى في الأمرين بحكم واحد . وبذلك لا يتيسر لهم إبداء طلبات أو دفع أو أوجه دفاع جديدة كما كان يتيسر لهم ذلك أمام محكمة الإحالة على ما سبق تفصيله . غير أنه لا مانع يمنع الطاعن من أن يطلب الحكم في

مسالك التحقيق يؤخرها عن هذا الفصل بهذه الطريقة .

ولقد تساءلنا في مقالنا « محكمة النقض » عما إذا كان يمكن محكمة النقض لجواز تصديها للفصل في موضوع الدعوى أن يكون صالحاً لهذا الفصل بالمعنى المتقدم الذكر ، أم أنه يجب فضلاً عن ذلك ألا يستلزم هذا الفصل التعرض لتقدير الوقائع ، وأن يكون عملها مقصوراً على مجرد تطبيق القانون على الوقائع الثابتة في الحكم المنقوض . وقد افترضنا أيضاً لهذا السؤال أن المحكمة الابتدائية حكمت بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المدعى دعواه بالبينة ، ثم قضت له بطلباته ، ثم استؤنف الحكم وقضت محكمة الاستئناف بإفائه ورفض الدعوى لعدم جواز الإثبات بالبينة ، ثم رأت محكمة النقض جواز الإثبات بالبينة ، واعتزمت نقض الحكم المطعون فيه لهذا الخطأ في تطبيق القانون . تساءلنا : أيجوز لمحكمة النقض أن تحكم في مثل هذه الدعوى بما تستخلصه هي من أقوال الشهود وما تستنتجه من القرائن ، أم تعتبر الدعوى غير صالحة للحكم مقترة إلى تقدير وقائعها وتحصيل فهم الواقع فيها مما يتعين معه إحالتها إلى محكمة الاستئناف لتحكم فيها من جديد .

لقد تساءلنا عن ذلك قلنا إنه قد يقال ، من جهة ، إن محكمة النقض تملك الحكم في الدعوى مادام حقها في التصدي للموضوع غير مقيد بوجوب الاقتصار على تطبيق القانون على الوقائع وإن الشارع — وقد أباح لها الحكم في الدعوى — لم يجعل وظيفتها مقصورة على الحكم في المسألة القانونية حتى يصح الاعتراض بأنها ممنوعة بطبيعة وظيفتها من التعرض للوقائع إطلاقاً ، وإنه يجب « فهم صلاحية الدعوى للحكم » بمعنى واحد في باب الاستئناف والنقض ، وإن الاعتبار العملية التي لاحظها الشرع في السماح لمحكمة النقض بالتصدي لموضوع الدعوى تأبى التفرقة بين أن يقتضى الحكم في الموضوع تقدير الوقائع من جديد ، وبين أن لا يستلزم غير مجرد تطبيق القانون . ثم قلنا إنه قد يقال ، من

جبة أخرى ، إن محكمة النقض لا وظيفة لها إلا الفصل في المسائل القانونية ، وإن تقدير الوقائع والحكم فيها هو عمل الحاكم المادية ، وإن القانون إذا كان قد أباح لمحكمة النقض طلب الدعوى والحكم فيها في بعض الأحوال ، فإنه يجب ألا يمتد حقها في ذلك إلى الصور التي يقتضى فيها الفصل في الموضوع الخروج عن وظيفتها الطبيعية والقيام بما هو من وظيفة غيرها ، بل يجب أن يكون حقها في التصدي مقصوراً على الصور التي لا يستلزم فيها الفصل في الموضوع غير مجرد تصحيح الحكم المطعون فيه ، فتطبق القانون على الوقائع الثابتة به تجنباً لعبث الإحالة إلى محكمة الموضوع . ثم قلنا إنه كذلك قد يحتاج بأن تحريم التصدي للموضوع في حالة نقض الحكم لوقوع بطلان جوهرى ، فيه دليل قاطع على أن المشرع قصد ألا تعتمد محكمة النقض والإبرام في الحكم في الموضوع إلا على ما يكون ثابتاً من الوقائع بنفس الحكم المطعون فيه ، وألا تذهب في بحثها إلى ما وراء ما هو ثابت بهذا الحكم .

قلنا هذا ولم نل إلى رأى بمينه من هذين الرايين منتظرين ما ترجحه محكمة النقض .

٣٨٥ — والآن وقد تصفحنا أحكام محكمة النقض التي فصلت بها في موضوعات القضايا ، نستطيع القول بأنها تذهب إلى تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأوراق والمستندات ، ثم تكيف هذا الواقع على مقتضى القاعدة القانونية التي أخذت بها في نقض الحكم ، متى كان الأمر سهلاً لا يفتقر إلى غير الرجوع إلى ملف الدعوى الموجود أمامها .

اعتبر في ذلك بحكم أصدرته في ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ ، وقد كانت موضوع القضية أن مالك منزل مجاور لمحطة من محطات سكة حديدية ادعى أن له حق المرور من أرض تملكها الحكومة أمام المحطة ، وأجابت الحكومة بأن الأرض من حرم المحطة ، فهي من الأملاك العامة التي لا تملك بالتقادم . فحكمت

محكمة الدرجة الأولى برفض الدعوى اعتماداً على ما ثبت من تقرير خبير الدعوى من أن أرض النزاع داخلة في حدود المحطة المينة بخريطة المساحة المرسومة سنة ١٩١٤ . والمحكمة الاستئنافية ألغت هذا الحكم وقضت للدعى بطلباته بناء على ما استظهرته من تقرير الخبير والتحقيق الذى أجراه من أن القطعة المتنازع على حق المرور فيها غير مخصصة للمنفعة العامة ، وعلى عدم تقديم وزارة المواصلات ما يثبت أن هذه القطعة قد آلت للمنفعة العامة بطريقة قانونية . طعن فى هذا الحكم فنقضته محكمة النقض لحاقته للسادة التاسعة من القانون المدنى من قبل ما جاء فيه من وجوب استصدار مرسوم بقانون لإخراج الأرض من الأملاك الخاصة وإدخالها فى الأملاك العامة ، مع أن القانون يكتفى فى اعتبارها من هذه الأملاك بتخصيصها بالفعل لمنفعة عامة . وإذ رأت محكمة النقض أن القضية جد ذلك صالحة للحكم فى موضوعها راجعت تقرير الخبير والرسم الملحق به لتقديمين لها والخريطة المرسومة فى سنة ١٩١٤ ، ولاحظت أن الأرض جميعها سورتها مصلحة السكة الحديدية من جميع جهاتها وأن القطعة المتنازع عليها واقعة بين شريط السكة الحديدية ومساكن عمال الريسة ، فحصلت فهم الواقع فى الدعوى من هذه الدلائل التى كانت مقدمة لمحكمة الاستئناف ، ثم كيفت هذا الحاصل بكيفية القانونى فاعتبرت الأرض من الأملاك العامة ، ثم قضت فى الموضوع بتأييد الحكم المستأنف^(١) .

واعتبر كذلك بحكم آخر أصدرته فى ١٥ فبراير سنة ١٩٣٥ . وقد كانت القضية قضية تعويض رفعها ورثة أحد العمال على مصلحة السكة الحديدية مدعين عليها أنها مسئولة عما أصاب مورثهم من حادث وقع له على أساس نظرية مسئولية الخطأ وعلى أساس نظرية المسئولية التقصيرية . ومحكمة الاستئناف حكمت

(١) ن . م . م . ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٢ (المطامير س ١٣ رقم ١٢٣ من ٢٧٧

وميج س ٣٣ رقم ٢١١ من ٤٣٤)

فيها بالتعويض على أساس النظرية الأولى . فلما قضت محكمة النقض بالحكم الاستثنائي قالت في أسباب حكمها - بعد أن بينت خطأ الحكم في تأسيسه على نظرية الخطأ - إن المطعون ضدها (زوجة العامل) كانت قد تمسكت لدى محكمة الاستئناف بمسئولية الحكومة أيضاً عن حادثة وفاة مورثها مسئولية ناشئة عما ادعته من خطأ الحكومة إذ سلمت لمورثها عصا من خشب (نبوت) للاستعانة بها على تأدية خدمته من فصل العربات أو ربطها ، وأن هذه العصا لم تتحمل الاستعمال فانكسرت وترتب على انكسارها سقوط مورثها تحت القطار ووفاته ، وأن الحكومة مسئولة عن وهن هذه العصا لأنه كان من الواجب عليها أن تعطيه عصا من حديد لتحتمل تلك العملية . ثم قالت : « إن وكيلها لدى محكمة النقض طلب احتياطياً الحكم بإعادة الدعوى لمحكمة الاستئناف لتبحث مسئولية الحكومة المترتبة على هذا الخطأ ، إذ الحكم للمطعون فيه لم يتعرض لهذه المسألة ولم يشر إليها بشئ » وحيث إن محكمة النقض لا ترى محلاً لاعادة الدعوى لمحكمة الاستئناف لتبحث هذه المسألة إذ العناصر الموجودة في الدعوى كافية لأن تقضى فيها موضوعاً « ثم بحثت في هذا الادعاء وقررت أنه لا مسئولية فيه على الحكومة ، ولذلك قضت بالحكم ورفضت دعوى التعويض على الأساسين (١) » .

والظاهر من مطالعة كثير من الأحكام أن محكمة النقض تبذل جهداً كبيراً فيما ترى الفصل فيه من القضايا ، فتحصل من جديد فهم الواقع من الأوراق والمستندات التي كانت مقدمة لمحكمة الاستئناف ، ثم تفصل في الدعوى كفصل محكمة الاستئناف إما بتأييد الحكم المستأنف أو بإلغائه أو بتعديله ، وتكتب في ذلك أحكاماً مسببة . اعتبر في ذلك بحكم أصله في ٧ ديسمبر سنة

(١) ن . م . م . ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س . رقم ٥ والحاماة

س ١٥ ق ١ رقم ٧٨ ص ١٥٥ ومج س ٣٥ عند ٢٣٦ ص ٩٢)

١٩٣٣ في الطعن رقم ٢٩ سنة ٣ (لم ينشر هذا الحكم) وكان نصه : « حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه بالنسبة لما قضى به من إلزام المجلس البلدى بدفع أجرة المنزل الصغير لمجنيه عن المدة من لغاية وكذلك بالنسبة لما قضى به من إلزام المجلس البلدى بدفع لمجنيه أجرة المنزل الكبير في المدة من إلى وبإلغاء الحكم الابتدائي في ذلك ورفض دعوى الوقف بخصوص هذه المبالغ . . . » واعتبر كذلك بحكم آخر أصدرته في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ نصه : « حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به من رفض الدفع لسبق الفصل في الدعوى بحكم ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ وفي موضوع الاستئناف : أولاً — بقبول هذا الدفع وبعدم قبول دعوى الشيخ على عمر على المستأنف فيما جاء بها على خلاف حكم ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المذكور القاضي باعتبار دين الشيخ على عمر على المترتب له على بطلان التصرف الصادر له من مرسى افندى سليمان صوريا لا حقيقة له في علاقته مع الطاعنات وبعدم أحقيته في أن يزاحمن بدينه هذا عند اقتضاء دينهن المحكوم لهن به وملحقاته من ثمن الأرض المحكوم بإبطال التصرف فيها ومن غلتها . وثانياً — بعدم قاذ الحجز التحفظى الذى أوقفه الشيخ على عمر تحت يد الحارس القضائى فيما يختص به وبمنعه من اتخاذ أية وسيلة من وسائل التنفيذ على تلك العين وثمنها وغلتها قبل أن تستوفى السيدات الطاعنات كامل دينهن المحكوم لهن به ضد مرسى افندى سليمان وملحقاته وألزمت المدعى عليه بمصاريف الطعن^(١) وبمصاريف تدخل الطاعنات في الدعوى أمام المحكمتين الابتدائية والاستئنافية » .

ويظهر من مطالعة هذين الحكمين وأمثالهما أن المحكمة تبذل في الفصل في موضوعات المنازاع جهداً كبيراً كان أولى بها أن تدخره لنفسها ، ولكن

(١) ن . م . م . ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٩ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٥٦ ص ٣٧٢) .

حرصها على إنهاء الفصل في المنازعة بما يحسمها هو الذي حملها على ذلك .
غير أنها كثيراً ما امتنعت عن الفصل في موضوع الدعوى حيث يكون
الفصل فيه سهلاً ، وتكون علة هذا الامتناع عدم وجود بعض الأوراق الضرورية
لهذا الفصل في ملف الدعوى ، أو خوف الإخلال بحق دفاع المدعى عليه في
الظن . ومن أمثلة ذلك أنها امتنعت عن الحكم في موضوع الدعوى بتأييد
الحكم المستأنف لأن الطاعن لم يكن قد قدم لها هذا الحكم ^(١) ، كما امتنعت عن
الحكم بتأييد الحكم المستأنف بعد أن قضت بصحة الورقتين المنكورتين وذلك
لاحتمال الظن فيهما بالتزوير من المدعى عليه أمام محكمة الإحالة ^(٢) .

وبعد ، فلعل الصواب أن تتقبل محكمة النقض من الحكم للظنون فيه حاصل
فهم الواقع في الدعوى ، إلا إذا كان ما أثبتته الحكم يناقض أوراق المرافعات
والمستندات المقدمة لها ، أو يتركز على أدلة غير مقبولة قانوناً ، أو يكون الحكم
في الدعوى على ما تمحضت إليه بحكم النقض مفتقراً إلى تحصيل فهم جديد ، فانه
يكون لها عندئذ أن تصحح ذلك الفهم أو تكمله على ضوء تلك الأوراق والمستندات
بالحذف والتعديل والزيادة وأن تستبدل به فهما آخر ، ما دام ذلك مستطاعاً بأهون
سعى وبمجرد اطلاعها على قضية الظن الموجودة أمامها وبغير اتخاذ إجراءات
أخرى . فان احتاج الأمر إلى إجراءات جديدة من اطلاع وتحقيق فانها تقضى
عندئذ باحالة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للظنون فيه . أما تكيف
فهم الواقع بحكم القانون أو بحكم المقدفان حق محكمة النقض فيه لا يقبل تقييداً ما ^(٣) .

(١) ن . م . م . ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المطامير س ١٢ ص ٧٢٤ رقم ٣٥٦)

(٢) ن . م . م . ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٤٠)

(٣) رويشك أن يكون هذا هو ما نص عليه في المواد ٨٠ و ٨١ و ٨٢ و ٨٤ و ٨٩
من قانون الاتحاد السويسري الصادر في ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ منظمًا لحق محكمة النقض في
الفصل في الموضوع عند نقض الحكم للظنون فيه . وقد نقل دلاجراسي هذه المواد في كتابه
(س ٥٠ و ٥١) وهي :

وإذا صح هذا الرأي وأخذنا به في صورة الدعوى التي استعرضناها هنا وفي مقالنا الذي نشرناه بمجلة القانون والاقتصاد كان لنا أن نقول إن لمحكمة النقض — بعد أن ترى جواز الإثبات بالينة — أن تحصل فهم الواقع في الدعوى من جميع عناصرها (محضر التحقيق وحكم محكمة الدرجة الأولى وغير ذلك) ثم تحكم بتأييد الحكم المستأنف.

== Art 80. Il ne peut être allégué des faits nouveaux devant le Tribunal Fédéral, ni présenté des conclusions, exceptions, designations et moyens de faits nouveaux.

Art 81. Le Tribunal Fédéral doit admettre comme constants les faits, tels qu'ils ont été constaté par l'instance cantonale à moins que les constatations d'un fait ne soit en contradiction avec les pièces du procès ou qu'elles ne reposent sur une appréciation des preuves contraires aux dispositions légales fédérales.

Art. 82. S'il ya lieu de rectifier ou de compléter les constatations faites par le tribunal cantonal, le Tribunal Fédéral, les rectifie ou les complète lui-même pour tant que cela lui est possible sur le vue du dossier. lorsque pour établir un fait, il est nécessaire de compléter le dossier, le Tribunal Fédéral annule le jugement dont est recours, par décision motivée et renvoie la cause devant le tribunal cantonal pour compléter le dossier et statuer à nouveau.

فهرس تحلیل

فهرس تحليلي

مفصل لموضوعات الكتاب

صفحة

قصة

مدخل الكتاب

الباب الأول

في التعريف بوظيفة محكمة النقض

- ١ - ٢ كون وظيفتها الأساسية نظر الطعون وكونها وهي تقوم بوظيفتها هذه تحقق غرضين أحدهما يتعلق بالصلحة العامة والآخر بمصلحة المصوم ... ٣
- كونها تحكم في المنازعات التي تبرز عليها مقيدة في ذلك بالقيود العامة التي يخضع لها القضاء ... ٧
- ٦ - ٧ ما يميز به الطعن لدى محكمة النقض عن الطعن بالاستئناف والتفريق بين تصرف كلتا المحكمتين فيما يرفع من استئناف أو طعن بالنقض ... ٨

الباب الثاني

في تاريخ نظام النقض في مصر وفي فرنسا

(١) في مصر

- ٨ عدم اتصال نظام النقض في مصر بأي نظام آخر سابق لانقضاء المحاكم الأهلية ... ١١

صفحة	قصة
١٢	٩ - ١١ تاريخ نظام النقض الجنائي من عهد تشكيل المحاكم الأهلية للآن وعيه . عيب نظام القضاء الأهلي لعدم إنشاء محكمة نقض للمواد المدنية ومعالجة هذا العيب بنظام الدوائر المجتمعة في محكمة استئناف مصر ١٢
١٥	١٣ عيب نظام الدوائر المجتمعة تشوق الشارع إلى إيجاد نظام النقض الكامل منذ سنة ١٩٢٣ عند إصداره الدستور ١٦
١٦	١٤ إصدار الرسوم بقانون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ في ٢ مايو سنة ١٩٣١ بإنشاء محكمة النقض والراسيم الآخر بتمديد بعض مواد لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ولائحة الرسوم ١٦

(ب) في فرنسا

١٨	١٥ نظام النقض في مصر متصل بالنسب بنظامه في فرنسا ... ١٨
١٨	١٦ - ٢٤ عهد القانون القديم عهد الجمعية التأسيسية ومجلس النقض ... ٣٠
٣٨	٣٥ - ٣٠ العهد الحالي عهد محكمة النقض ... ٤٧
٤٧	٣٦ ما يهم استخلاصه من هذه الكلمة التاريخية ...

الباب الثالث

في نظام محكمة النقض والإبرام المصرية

الفصل الأول

في تشكيل محكمة النقض والإبرام

٤٨	٣٧ تأليفها من دائرتين وتأليف كل دائرة من خمس مستشارين
٥٠	٣٨ مقارنة تشكيلها هذا بتشكيل محكمة النقض الفرنسية ...

الفصل الثاني

في مستشارى محكمة النقض

٥٢ تصنيفهم	٣٩
٥٣ نديهم لمحكمة استئناف مصر	٤٠
٥٣ تقاعدهم	٤١
٥٣ تأديهم	٤٢

الفصل الثالث

في وظيفة النيابة العمومية أمام محكمة النقض

٥٤	لم أوجب القانون سماع أقوال النيابة العمومية في قضايا الطعون	٤٣
٥٦	الطعن أمام محكمة النقض لمصلحة القانون في النظام الفرنسى	٤٤

الفصل الرابع

في المحامين أمام محكمة النقض

٥٨ الاستعانة بالمحامين	٤٥
٥٨ المحامون لدى محكمة النقض	٤٦ - ٤٧

الفصل الخامس

في وظائف محكمة النقض الثانوية

٦٣ ذكر هذه الوظائف إجمالاً	٤٨
٦٤	أ - اختصاصها في رد القضاة ومخاصمتهم	٤٩
٦٥	ب - اختصاصها بقبول المحامين المشتغلين أمامها وتأديهم	٥٠
٦٥	ج - اختصاصها التي آلت إليها من محكمة الاستئناف	٥١
٦٦	د - وظيفتها التشريعية	٥٢

الكتاب الأول

في حالات الطعن

الباب الأول

في حالات الطعن على الجملة

الفصل الأول

في حصر هذه الحالات وتبنياتها وذكر الكليات المتعلقة بها

٦٩	حالات الطعن بطريق النقض مبنية بالقانون بيان حصر	١
٦٩	حصرها في القانون الفرنسي والبلجيكي	٢
٧٠	في القانون المصري	٣
٧٢	ردها إلى مخالفة القانون	٤
٧٢	إيراد الكليات التي تتعلق بها جميعاً	٥

الفصل الثاني

ما المراد بكلمة القانون

٧٣	ما تناوله هذه الكلمة بوجه عام	٦
٧٤	أعمال التشريع	٧
	ما يعتبر من القانون من أعمال التشريع السابقة للمستور	
٧٤	سنة ١٩٢٣	
٧٥	ما اعتبر من القانون على حسب دستور سنة ١٩٢٣	
٧٥	ما اعتبر من القانون على حسب الأمر الملكي رقم ٧٠	١٠ - ٧
٧٦	سنة ١٩٣٠	
٧٦	ما اعتبر من القانون على حسب الأمر الملكي رقم ٦٧	
٧٧	سنة ١٩٣٤	

صفحة	قصة
١١٨	١١ ما اعتبر من القانون على حساب الأمر الملكي رقم ١١٨
٧٨ ١٩٢٣	سنة ٩٣٥ الصادر بإعادة دستور سنة ١٩٢٣
٧٨	١٢ خلاصة ما تقدم
٧٩	١٣ الشريعة الاسلامية
٧٩	— ماتمتر فيه الشريعة الاسلامية أنها جزء من القانون
١٤	— خضوع قاضي الدعوى فيما يراه في تطبيقها وتأويلها
٨٠	لرقابة محكمة النقض
١٥	— حكم ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وأدججه في
٨١	القوانين
٨٢	١٦ المرف
٨٢	— التفريق بين المرف والمادة الاتفاقية
١٧	— حكمها من حيث خضوع رأى قاضي الدعوى فيهما
١٨	لرقابة محكمة النقض وبيان رأى الفقهاء وقضاء محكمة
٨٣	النقض الفرنسية وما تراه في ذلك
٨٧	١٨ جوامع الكلم الفقهية والأصولية
٩١	١٩ آراء الفقهاء وأحكام المحاكم
٩٢	٢٠ قواعد المدل ومبادئ القانون الطبيعي
٩٣	٢١ — مذهب الفقه والقضاء الفرنسيين
٩٦	٢٢ — ما رأيناه في مصر
١٠٦	٢٣ المساهدات
١٠٨	٢٤ القوانين المحتلطة
١١٠	٢٥ الشرائع الدينية والمالية
١١٤	٢٦ القوانين الأجنبية
١١٦	٢٧ — رأى الفقه والقضاء في فرنسا
١٢٣	٢٨ — ما تراه في مصر

الفصل الثالث

ما هو الخطأ في فهم الواقع ، وما هو الخطأ في فهم حكم القانون في هذا الواقع ، ونظرية التمييز بينهما

- ١٢٥ كلمة في فهم الواقع وفهم حكم القانون على الجملة ... ٣٠ - ٣١
- ١٢٥ كون كل دعوى تتألف في واقع الأمر من نقط واقعية ومسائل قانونية وأهمية التفريق بين هذه وتلك ... ٣٢
- ١٢٧ اصطلاح تسمية الأولى « بالموضوع » وبالواقع ، وبفهم الواقع وتسمية الأخرى بفهم حكم القانون في هذا الواقع ... ٣٣ - ٣٥
- ١٢٨ طريقتان للفقهاء في معالجة التمييز بين هذه وتلك ...

الفرع الأول

في نشاط قاضي الدعوى في فهم الواقع ومتى يكون خطؤه فيه واقعيا ومتى يكون قانونيا

١ - فهم الواقع عمل منطقي صرف لا تراقبه محكمة النقض

- ١٣١ كون هذا الفهم يقع للقاضي نتيجة لأقيسة منطقية ليس في بناء مقدماتها قاعدة قانونية ... ٣٦
- ١٣٢ ما يمنون بقولهم : « إن سلطة قاضي الدعوى في تحصيل هذا الفهم تامة ورأيه فيه قطعي » ... ٣٧
- ٢ - عدم اتباع قواعد الإثبات وطرق التحقيق هو خطأ في القانون

- ١٣٤ يجب على قاضي الدعوى أن يتقيد بقواعد الإثبات وطرق التحقيق ولاسرى خطؤه في ذلك إلى الحكم كله ... ٣٨
- ٤٣ - ٣٩ ذكر ما اشتهر من الأصول والقواعد للرجوع إليه للتمييز

صفحة	قصة
١٣٤	بين ما يتعلق من مسائل الدعوى بمحض تقدير الأدلة وما يتعلق بتطبيق قواعد الاثبات وإجراءات التحقيق
١٥١	٤٤ تطبيقات محكمة النقض المصرية للقواعد السابقة الذكر
	٣ - فائدة تسبب الأحكام في الرقابة على تطبيق هذه القواعد
١٥٥	٤٥ بيان ذلك
	٤ - فهم الواقع من أوراق المرافعات وغيرها من الدلائل الكتابية ورقابة محكمة النقض
١٥٧	٤٦ - ٤٧ الفقه والقضاء في ذلك
	الفرع الثاني
	في نشاط قاضي الدعوى في فهم حكم القانون وإزاله على مفهوم الواقع في الدعوى وفي نظرية التكييف
	١ - معنى التكييف والتطبيق
١٦٣	٤٨ معنى التكييف
١٦٦	٤٩ مثالان يميّنان على فهم التكييف
	٥٠ بيان أن نشاط القاضي في تطبيق حكم القانون لا خلاف في أنه اجتهاد في القانون وأن نشاط القاضي في التكييف هو محل النظر
١٦٧	٥١ ٢ - النظريات المختلفة في التكييف
	نظرية الرئيس باريس وأتباعه : تقسيم الجرائم والألفاظ إلى معرفة وغير معرفة
١٦٨	٥٢ نقد هذه النظرية
١٧٠	٥٣ رأي برويه وديان
١٧٢	٥٤ رأي شينون

صفحة	قصة
١٧٣	رأى كورنووث ٥٥
١٧٤	محصل هذه الآراء على ما فيها من تفاوت ٥٦
١٧٤	نقد هذه النظريات وبيان الرأي الصحيح في التكيف ٥٧ - ٥٨
١٧٤	اعتراضان هامان على القول بإمكان التكيف على مقتضى ألفاظ ٥٩
١٧٧	القانون كلها ووجوب إخضاعه كله لرقابة محكمة النقض ٦٠ - ٦١
١٧٧	معالجة دفهما بالقول بحمل تكيف قاضي الدعوى على الصحة كالأراء محكمة النقض أن التكيف لا يشر قاعدة
١٧٨	قانونية يمكن ضبطها ٦٢
٣ - مذهب محكمة النقض الفرنسية	
في الرقابة على التكيف	
١٨٠	أمثلة لما جرى به قضاء محكمة النقض الفرنسية في التكيف ٦٣
١٨٠	على موجب الألفاظ غير المرفقة ٦٤
١٨٧	استعراض قضاء محكمة النقض على الجملة وتبيان ما فيه من اضطراب ٦٥ - ٦٦
٤ - أمثلة مختارة لتوضيح التكيف	
١٨٧	اختيار أمثلة من الفقه الجنائي والمدني والرافعات ٦٦
١ - أمثلة مختارة من الفقه الجنائي	
١٨٧	القصد الجنائي، استعراض الأمر في تكيفه، قضاء محكمتي النقض الفرنسية والمصرية، تحليله وتقدمه ٦٧ - ٦٨
٢٠٢	- الرأي الذي نتمسك به ٦٧
٢٠٦	الاشتراك بالتحريض على ارتكاب الجريمة ٦٨
٢٠٩	مسائل مثورة ٦٩
ب - أمثلة مختارة من الفقه المدني	
٢١٣	١ - مبدأ البتة بالكتابة ٧٠

صفحة	قصة
٢١٦	٢ - التدليس الموجب لعدم صحة الرضا
٢١٠	٣ - الاكراه الموجب لبطالان المارطة
٢٢٢	٤ - التواطؤ فى دعوى إبطال التصرف
٢٢٦	٥ - التكيف فى استبدال الدين بآخر
٢٢٨	٦ - التكيف فى وضع اليد المكسب للملك بالتقادم
	ج - أمثلة مختارة من فقه المرافعات
	١ - سوء استعمال الحق . سوء القصد فى تماطى رخص
٢٣٣	القانون . إعلان الانذار بقيد الاستئناف للمستأنف بقلم الكتاب
٢٣٥	٢ - الاجراءات الكيدية
	د - مسائل شتى
٢٣٧	قضاء محكمتى النقض الفرنسية والمصرية فى مسائل متنوعة
	الفرع الثالث
	إطلاقات القاضى أو حريته فى تعيين أحد وجهى الحكم بالقانون أو سلطته التقديرية
٢٤١	معانى هذه الكلمة ومعناها الصحيح
	سبيل معرفة الأحوال التى يكون فيها لقاضى الدعوى الخيار
٢٤٢	فى الحكم بأحد الوجهين
٢٤٤	١ - من رخص القانون الجنائى
٢٤٥	ب - من رخص القانون المدنى
٢٤٦	ج - من رخص قانون المرافعات
٢٤٧	د - من رخص قانون التجارة
٢٤٨	هـ - من رخص قانون تحقيق الجنائيات
٢٤٨	مق تكون للقاضى هذه السلطة ؟

قصة	صفحة
٨٧	مايتفرع على كون صورة الدعوى مما يجوز للقاضي فيها الخيار بين الأخذ بحكم القانون وترك الأخذ به ... ٢٤٩
	الفرع الرابع
	في نشاط قاضي الدعوى في فهم المحررات والمقود وتفسيرها وتطبيق حكم القانون عليها وما يكون من ذلك اجتهاداً في القانون وما لا يكون كذلك
٨٨	تمهيد وتقسيم هذا الفرع إلى مطالب ... ٢٥٣
	<u>المطلب الأول</u> - في فهم الواقع في المقود وتفسير شروطه
٨٩	تمهيد إلى ذكر القاعدة في ذلك ... ٢٥٤
٩٠	تدرج هذه القاعدة في القضاء الفرنسي ... ٢٥٥
٩١	المهد الأول وينتهي في سنة ١٨٠٨ ... ٢٥٥
٩٢	المهد الثاني ... ٢٥٧
٩٣	تأييد الفقهاء لما كانت تراه محكمة النقض في هذا المهد ٢٦٢
٩٤	المهد الثالث ... ٢٦٣
٩٥	تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية في تفسير المقود ... ٢٦٨
٩٦ - ٩٧	نظرية التمييز بين الشروط الظاهرة وبين الشروط الغامضة في النظر الفقهي وفي قضاء محكمة النقض الفرنسية ... ٢٦٩
٩٨ - ١٠٠	نظرية المسخ والتحريف في تفسير المقود ... ٢٧٥
١٠١	عود على بدء ووصل القول بالقاعدة في تفسير المقود ... ٢٨١
١٠٢	مذهب محكمة النقض المصرية في فهم الواقع في المقود وتفسيره ٢٨١
١٠٣	آراء الفقهاء وقد قضاء محكمة النقض الفرنسية ... ٢٨٥
١٠٤	ملحوظاتنا على قضاء محكمة النقض الفرنسية ... ٢٩١
	<u>المطلب الثاني</u> - في تكييف المقود والمحررات والأحوال القانونية
١٠٥	تكييف عقد ما بإدخاله في عموم نوعه هو اجتهاد في القانون ٢٩٩

صفحة	مفسرة
٣٠٠	١٠٦ — قضاء محكمة النقض الفرنسية في ذلك
٣٠١	١٠٧ قاضي الدعوى لا يتقيد في تكليف العقْد برأى العاقدین
٣٠٢	١٠٨ — قضاء محكمة النقض الفرنسية في ذلك
٣٠٤	١٠٩ قضاء محكمة النقض المصرية
<u>المطلب الثالث — تطبيق قانون العقْد</u>	
٣٠٧	١١٠ الخطأ في تطبيق قانون العقْد هو خطأ في القانون
٣٠٨	١١١ قضاء محكمة النقض الفرنسية
٣٠٩	١١٢ قضاء محكمة النقض المصرية
٣٠٩	١١٣ تنبيه إلى أن عدم الأخذ بقانون العقْد قد يكون مخالفة للقانون الخاص نفسه
<u>تذييل — في التفسير والتكليف في جرائم الصحافة</u>	
٣١٠	١١٤ تمهيد القول في ذلك
٣١٠	١١٥ قضاء محكمة النقض الفرنسية
٣١٥	١١٦ قضاء محكمة النقض المصرية
٣٣٢	١١٧ تحليل إجمالي لقضاء المحكمتين

الفصل الرابع

ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض

٣٣٥	١١٨ تمهيد
٣٣٥	١١٩ الطلبات والأدلة الجديدة في باب الاستئناف والنقض

الفرع الأول

ما يعتبر أسباباً جديدة

٣٣٦	١٢٠ — ١٢٣ بيان ما يعد سبباً جديداً
------------	------------------------------------

الفرع الثاني

ما يشترط في السبب القبول

١٢٤	يجب أن يكون السبب قد عرض على محكمة الموضوع
٣٤٢	أو تعرضت هي له
١٢٥	معنى كون سبب الطعن قد عرضه صاحبه
٣٤٢	معنى كون سبب الطعن قد عرض من قبل على محكمة الموضوع
١٢٦ — ١٢٨	

الأسباب القانونية الجديدة

١٢٩	معنى كون السبب قد تعرضت له محكمة الموضوع من تلقاء نفسها
٣٤٨	
١٣٠	الأسباب القانونية الصرف
٣٤٨	
١٣١ — ١٣٥	ما يتفرع على قبول الأسباب القانونية الصرف
٣٤٩	
١٣٥	متى يمكن اعتبار السبب القانوني الصرف قائماً في الخصومة ؟
٣٥٨	
١٣٦	جواز التمسك بأسباب النظام العام
٣٦١	

أسباب النظام العام

١٣٦ — ١٣٩	بيانها بالجملة وشروط قبولها
٣٦١	
١٤٠	بعض ما اعتبر أنه من أسباب النظام العام
٣٦٤	

الفرع الثالث

عدم جواز تمسك المدعى عليه في الطعن بالأسباب الجديدة

١٤١	بيان ذلك
٣٧٠	

الفرع الرابع

كيف تتحقق محكمة النقض من توافر شروط

القبول في أسباب الطعن

١٤٢	في القانون الفرنسي
٣٧١	
١٤٣	في القانون المصري
٣٧٣	

الباب الثاني

في حالات الطعن على التفصيل

الفصل الأول

في الطعن بمخالفة القانون أو بالخطأ في تطبيقه أو في تأويله

الفرع الأول

في معنى مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي تأويله

١٤٤ - ١٤٥ في القانون الفرنسي قديمه وحديثه ... ٣٧٥

١٤٦ - ١٤٩ في القانون المصري ... ٣٧٧

الفرع الثاني

في شروط الطعن بمخالفة القانون

١٥٠ ... ٣٨٠ تعداد هذه الشروط على الجملة ...

١٥١ ... ٣٨٠ الشرط الأول - وجود قاعدة قانونية ...

١٥٢ ... ٣٨١ الشرط الثاني - خطأ الحكم في القاعدة القانونية ...

١٥٣ ... كونه المسألة القانونية المدعى وقوع الخطأ

٣٨٢ ... فيها قد عرضت من قبل على المحكمة ...

١٥٤ ... الشرط الرابع - كونه الحكم ذاته قد بني على الخطأ -

٣٨٢ ... ما يتفرع عليه ...

١٥٥ ... أولاً - القرارات القانونية الصحيحة لا تصحح

٣٨٣ ... منطوق الحكم إذا كان مبنيًا هو على الخطأ ...

١٥٦ ... ثانيًا - ذكر أي اعتبار قانوني خاطئ في أسباب

٣٨٣ ... الحكم غير مؤثر فيه لا يفسد الحكم الصحيح

صفحة	فقرة
	ثالثاً - الخطأ القانوني في بعض الأسباب لا يقتضى
٣٨٦	١٥٧ نقض الحكم إذا استقام الحكم على باقى أسبابه
	رابعاً - الخطأ القانوني في بعض الأسباب النافلة
٣٨٨	١٥٨ أو الاحتياطية أو التكميلية لا يقتضى نقض الحكم
	خامساً - لمحكمة النقض أن تستبدل بأسباب الحكم
٣٨٩	١٥٩ الخاطئة في القانون أسباباً صحيحة
	سادساً - مناقضة بعض أسباب الحكم القانونية وبعضها
٣٩٤	١٦٠ لا تقتضى لذاتها نقض الحكم الصحيح
٣٩٦	١٦١ جواز الطعن استثناء في أسباب الحكم في القانون الفرنسى

الفرع الثالث

بعض صور مخالفة القانون

٣٩٧	١٦٢ تماددها
	١ - عدم الاختصاص
٣٩٧	١٦٣ صورته وحكمه في القانون المصرى
	٢ - تجاوز حدود السلطة
٣٩٨	١٦٤ معناه في الفقه الفرنسى
٤٠٠	١٦٥ حكمه في القانون المصرى
	٣ - عدم الحكم في أحد الطلبات والحكم بشئ
	لم يطلبه الخصم
	١٦٦ كونهما في الأصل من وجوه الالتماس وقد يصير كل منهما
٤٠٠	وجهاً للنقض إذا خالطه عيب آخر
	مضى يكون الحكم بما لم يطلبه الخصم وجهاً من وجوه
٤٠٢	الطعن بالنقض

صفحة	نفسرة
١ - إذا كان القاضي مدركا أنه حكم في حدود	١٦٧
الطلبات وبين الوجه الذي بنى حكمه عليه ... ٤٠٢	
ب - إذا كان قضاؤه بما لم يطلبه الخصم مترتباً على	١٦٨
مخالفة أخرى للقانون ... ٤٠٣	
ج - إذا كان قضاؤه غير مسبب ... ٤٠٦	١٦٩
تأمل في هذه الصور جميعاً ... ٤٠٦	١٧٠
متى يكون عدم الفصل في أحد الطلبات المقدمة للمحكمة	١٧١
وجهاً للنقض ... ٤٠٧	
١ - إذا كان القاضي قد بين الوجه الذي بنى	١٧٢
حكمه عليه ... ٤٠٧	
ب - إذا كان عدم الفصل مترتباً على مخالفة أخرى	١٧٣
ج - إذا كان عدم الفصل خالياً من الأسباب ... ٤٠٨	١٧٤
تأمل في هذه الصور ... ٤٠٩	١٧٥
تنبيه إلى وجوب التفرقة بين عدم الفصل في الطلب المقدم	١٧٦
من المدعى أو من المدعى عليه ، وبين عدم الفصل في	
وسائل الدفاع المقدمة من أيهما ... ٤١٢	
٤ - عدم قيام الحكم على أساس قانوني	
إجمال الكلام فيه والاحالة في تفصيله على فصل آخر ... ٤١٣	١٧٧
٥ - التناقض في أسباب الحكم	
إجمال الكلام فيه والاحالة في تفصيله على فصل آخر ... ٤١٤	١٧٨

الفصل الثاني

في الطعن بوقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات	
في القانون الفرنسي : كونهما من وجوه الالتماس ووجوه	١٧٩
الطعن بالنقض وذكر الضابط المحدد للصور التي يرفع	

صفحة	قشرة
٤١٤ ... فيها العطن لمحكمة الالتماس أو لمحكمة التقص ...	
٤١٧ ... في القانون المصري : كون كل منهما حالة مستقلة ...	١٨٠
الفرع المؤول	
في العطن بوقوع بطلان في الحكم	
٤١٨ كونه حالة خاصة بالأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف	١٨١
٤١٨ ما هي وجوه البطلان التي تبطل هذه الأحكام على الجملة	١٨٢
وجوه البطلان الواقعة في أحكام محاكم الدرجة الأولى	١٨٣
٤١٨ لا يمكن أن تكون أسباباً للعطن	
بيان وجوه البطلان بالاميزان وما يقع منها ماسا بالنظام العام	١٨٤
أو متعلقاً بمصلحة الخصوم والتنبيه على خلو الحكم من	
أسبابه	٤١٩
مبحث في تسبيب الأحكام	
٤٢٢ لم وضع هذا البحث في الكتاب وعرض أجزائه	١٨٥
١ - ما هو تسبيب الأحكام وكيف يكون	
وجوب التسبيب وحكمته	
٤٢٢ تسبيب الأحكام واجب	١٨٦
عيوب التسبيب	
٤٢٤ قص الأسباب	١٨٨ - ١٨٧
٤٢٣ التناقض في الأسباب	١٨٩
٢ - ما يجب تسيبه من الأحكام وكيف تسبب	
٤٣٥ وجوب تسبيب كل حكم قصدي أو ضمني	١٩٠
٤٣٦ وجوب تسبيب كل جزء من حكم متعدد الأجزاء	١٩١
٤٤٠ متى يعتبر الطلب متعيناً على المحكمة إجابته بأسباب خاصة	١٩٢

صفحة	فصرة
٤٤٣	إقامة جميع أجزاء الحكم على أسباب عامة تصلح لكل منها
٤٤٧	جواز تسبيب الحكم بالأحالة على أسباب حكم آخر ...
٤٤٩	جواز الاستناد في حكم الاستئناف إلى أسباب الحكم الابتدائي

٣ - عيب الحكم الناقص الأسباب وعدم قيام

الحكم على أساس قانوني

١٩٦ - ٢٠٠	عدم قيام الحكم على أساس قانوني، ما هو وما موضعه من
٤٥٢	حالات الطعن في فرنسا وفي مصر ؟
٢٠١	ما يترتب على بطلان الحكم لخلوه من الأسباب

الفرع الثاني

في وقوع بطلان في الاجراءات مؤثر في الحكم

٢٠٢ - ٢٠٣	كلمة عامة في معنى بطلان الاجراءات وتقسيمه إلى بطلان
٤٦٢	ماس بالنظام العام وبطلان متعلق بمصلحة الخصوم ...
٢٠٤ - ٢٠٥	عدم جواز الطعن ببطلان الاجراءات في الأحكام الصادرة
	من المحاكم الابتدائية في القضايا المستأنفة ومتى يصير
	الطعن ببطلان الاجراءات طعناً بمخالفة القانون بالمعنى
٤٦٣	الأخص لهذه العبارة

الفصل الثالث

في الطعن بمخالفة حكم سابق

٢٠٦	في القساون الفرنسي
٢٠٧	في القانون البلجيكي
٢٠٨	في القانون الايطالي
٢٠٩	في القانون المصري - شروطه

الكتاب الثاني

في أركان الطمن وشروطه وآثاره

الباب الأول

في الأحكام التي يجوز الطمن فيها

الفصل الأول

في بيان هذه الأحكام بالجملة

٢١٠	في القانون الفرنسي	٤٨١
٢١١	في القانون المصري	٤٨٣
٢١٢ — ٢١٣	تليل ما في القانون المصري من تضيق وتقدم	٤٨٣

الفصل الثاني

فيما يجب توافره في الأحكام من الشروط

العامة لجواز الطمن فيها بطريق النقض

٢١٤	مجل هذه الشروط	٤٨٧
-----	----------------	-----

١ — كون للطمون فيه حكا

٢١٥	المراد بالحكم	٤٨٧
٢١٦	منطوق الحكم هو الذي بطن فيه — جواز الطمن في	
٤٨٨	الأسباب إذا وضع فيها بعض الحكم	

صفحة	خمسرة
ب - كون الحكم صادراً في منازعة مدنية أو تجارية مما يدخل في وظائف المحاكم الأهلية	
٤٩٠	٢١٧
ج - كون الحكم غير تحضيري أو تمهيدي	
٤٩٠	٢١٨
جواز الطعن في الأحكام القطعية والفرعية والوقعية ...	٢١٩
د - كون الحكم قد صدر انتهائياً	
٤٩٤	٢٢٠
الأحكام النياية وعدم قبول الطعن فيها بالنقض مادام	٢٢١
الطعن فيها بالمعارضة جائزاً	٢٢٢
الحكم الذي يصدر في المعارضة بالتأييد هو التمين رفع	
الطعن فيه	٢٢٣
الأحكام الصادرة في التماس إعادة النظر يجوز الطعن فيها	٢٢٤
هـ - كون الحكم لم يسقط حق الطعن فيه	
باتقضاء الميعاد أو بالقبول	
٤٩٨	٢٢٤
سقوط الطعن باتقضاء الميعاد . أثره . تعلقه بالنظام العام ...	٢٢٥
ما يعتبر قبولاً للحكم مانعاً من الطعن فيه	
الطعن الفرعي وجوازه	
حكم عدم إعلان الحكم وإعلانه وتنفيذه بالطرق الجبرية	٢٢٦
٤٩٩	
تنفيذه بالرضا من حيث استخلاص معنى القبول وعدمه	
٥٠٦	٢٢٧
عدم اشتراط كون الحكم صادراً بعد العمل بالقانون الجديد	

الفصل الثالث

فيما يجب توافره في الحكم من الشروط الخاصة

٥٠٨ مجمل هذه الشروط	٢٢٨
٥٠٨ أولا - كون الحكم صادراً في استئناف	٢٢٩
 ثانياً - كونه صادراً في قضية وضع يد أو في مسألة	
٥٠٩ اختصاص	
٥٠٩ ١ - في قضية وضع يد	٢٣٠ - ٢٣١
٥١١ ب - في مسائل الاختصاص	٢٣٢ - ٢٣٤
 تنبيه إلى ما يجب مراعاته عند تعدد الأحكام في القضية	٢٣٥
٥١٥ الواحدة	

الباب الثاني

ميعاد الطعن بطريق النقض

(١) متى يتحتم تقديم الطعن في ميعاد معين

وهل يصح رفضه فوراً

 من له حق الطعن في حكم لا يتحتم عليه تقديمه في ميعاد	٢٣٦
٥١٧ معين إلا إذا أعلن له	
 لمن له حق الطعن في حكم أن يقدم طعنه فيه على الفور	٢٣٧
٥١٧ من يوم صدوره	

(٢) ميعاد الطعن - مبدؤه وقواعد احتسابه

٥١٨ في القانون الفرنسي	٢٣٨
٥١٩ في القانون المصري	٢٣٩

صفحة	قصة
٥٢٠	هل يوقف ميعاد الطعن وبم يوقف ... ٢٤٠
٥٢١	هل للطاعن ميعاد مسافة ... ٢٤١
٥٢٢	جواز رفع الطعن الفرعى بعد انقضاء الميعاد ... ٢٤٢
٥٢٣	مبدأ ميعاد الطعن : كون الميعاد يتبدى من يوم إعلان ... ٢٤٣
٥٢٢	الحكم فى جميع الأحوال ... ٢٤٤
٥٢٢	لا يجرى ميعاد الطعن إلا فى حق من أعلن له الحكم ... ٢٤٥
٥٢٣	لا فى حق من قام بإعلانه ... ٢٤٦
٥٢٣	ما الحكم عند تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم ... ٢٤٧
٥٢٣	الأخذ بالقاعدة فى الأحكام الحضورية حقيقة أو حكماً ... ٢٤٨
٥٢٣	فى الأحكام النيابية الصادرة فى المعارضة ... ٢٤٩
٥٢٤	ميعاد الطعن فى الأحكام النيابية التى تجوز فيها المعارضة ... ٢٥٠
٥٢٥	ما يشترط فى إعلان الحكم ليصح اعتبار تاريخه مبدأ لميعاد الطعن ... ٢٥١

الباب الثالث

فى الخصوم أمام محكمة النقض

٥٢٧	الخصومة أمام محكمة النقض لا تكون إلا بين من كانوا خصوماً بعضهم لبعض أمام المحكمة التى أصدرت الحكم الطعون فيه ... ٢٥٠
------------	--

الفصل الأول

فيم يقبل منه الطعن

٥٢٨	ما يشترط فى رافع الطعن حتى يقبل طعنه ... ٢٥١
------------	--

صفحة	مفسرة
...	كونه طرفاً في الخصومة الأولى بصفته التي كان متصفاً بها
٥٢٨	بيان ذلك ٢٥٤ — ٢٥٢
...	كون الطاعن ذا مصلحة
٥٣٤	المراد بالمصلحة وعدم صلاحية ما كان نظرياً منها ٢٥٥
٥٣٨	مناطق المصلحة ... ٢٥٦
٥٣٩	المصلحة التي يجب الاعتداد بها هي المصلحة الشخصية الحالة ٢٥٧
٥٤٠	ما يتفرع علي وجوب توافر المصلحة ... ٢٦٤ — ٢٥٨
...	إنما يرجع في القول بقيام المصلحة وعدم قياسها إلى وقت ٢٦٥
٥٤٩	صدور الحكم الطعنون فيه ...
...	كون الطاعن ذا أهلية أو سلطة
٥٥١	بيان ذلك ٢٦٦

الفصل الثاني

فيمن يختصم في الطعن

...	لا يصح خصماً للطاعن إلا من كان خصماً له في الخصومة الأولى بصفته التي كان متصفاً بها وكانت له مصلحة ٢٦٧
٥٥٢	في الدفاع عن الحكم عند صدوره ... ٢٦٨
٥٥٣	كون المدعى عليه خصماً في الخصومة الأولى ... ٢٦٩
٥٥٥	كونه ذا مصلحة في الدفاع عن الحكم ...

الفصل الثالث

فيمن يرفع الطعن ومن يوجه إليه عند تعدد الخصوم

٥٥٦	بيان ذلك ٢٧٠
٥٥٧	تطبيق ذلك على الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية ٢٧١ — ٢٧٣

الفصل الرابع

فيمن يجوز إدخاله وتدخله في الطمن

٢٧٤	بيان ذلك	٥٦١
٢٧٥	في القانون الفرنسي	٥٦١
٢٧٦	في القانون المصري	٥٦٣

الفصل الخامس

فيمن يستفيد من طمن غيره ومن يحتاج عليه

بالطمن الموجه لغيره

٢٧٧	بيان ذلك وذكر قاعدة الباب	٥٦٥
-----	---------------------------	-----

الاستثناءات

٢٧٨	حالة عدم التجزئة	٥٦٧
٢٧٩	حالة التضامن	٥٦٨
٢٨٠ — ٢٨٦	حالة الضمان الفرعي	٥٧١
٢٨١	عمل هذه الاستثناءات في الفقه المصري	٥٧٢

الباب الرابع

في رفع الطمن وآثاره

الفصل الأول

في إجراءات رفع الطمن وتحضيره وتحقيقه

٢٨٢	إجمال هذه الاجراءات : في القانون الفرنسي والبلجيكي
-----	--

٥٧٥	والمصري
-----	---------

الفرع الأول

في الكفالة وإبداعها

٥٧٨ في القانون الفرنسي	٢٨٣
٥٧٨ في القانون المصري	٢٨٤
٥٨٠	كون إبداع الكفالة إجراء جوهرياً متعلقاً بالنظام العام	٢٨٥
٥٨٠ وجوبه على كل طاعن وجواز إعفاء الفقير منه	٢٨٦
٥٨١ متى تتمدد الكفالة	٢٨٧
	تنبيه إلى وجوب ذكر من دفع الكفالة إذا تمدد	
٥٨٥ الطاعنون	

الفرع الثاني

في تقرير الطعن

٥٨٦ في القانون الفرنسي	٢٨٨
٥٨٧ في القانون المصري	٢٨٩
٥٨٨	١ - وجوب تقرير الطعن بقلم كتاب محكمة النقض	٢٩٠
	ب - كون تقرير الطعن بوقعه محام مقبول لدى محكمة	٢٩١
٥٨٩ النقض	
٥٨٩ للحكومة أن تتيب عنها من تمينه لذلك	٢٩٢
	الدفع بأن المحامي الذي وقع تقرير الطعن ليس من المحامين	٢٩٣
٥٩٠ التبولين لدى محكمة النقض هو من النظام العام	
٥٩٠ ج - مشتملات تقرير الطعن	
٥٩٠ بيان الحكم الطعون فيه وتاريخه	٢٩٤
٥٩٠ تفصيل أسباب الطعن في التقرير	٢٩٥

الفرع الثالث

في إعلان الطمن للخصوم

٥٩٤ في القانون الفرنسى	٢٩٦
٥٩٦ في القانون المصرى	٢٩٧
٥٩٧	١ - بناء على طلب من يكون إعلان الطمن ولن يعلن	٢٩٨
٥٩٧	ب - كيف يحصل إعلان الطمن	٢٩٩
٥٩٩	ج - ميعاد إعلان الطمن للخصوم	٣٠٠
٦٠١	د - ما يترتب على مخالفة هذه الاجراءات	٣٠١

الفرع الرابع

في تحضير الطمن وتحقيقه بقلم الكتاب

٦٠٢ في القانون الفرنسى	٣٠٢
٦٠٤ في القانون المصرى	٣٠٣
٦٠٥	١ - ما يجب على الطاعن إيداعه من الأوراق	٣٠٤
٦١٢	الميعاد الواجب على الطاعن فيه تقديم مذكرته ومستنداته	٣٠٥
	ب - ما يجب على المدعى عليه إيداعه من الأوراق ، وفي	٣٠٦
٦١٣	أى ميعاد يكون هذا الإيداع	
٦١٥	ج - تبادل الذكرات بالرد بين طرفي الخصومة	٣٠٧
٦١٦	د - كيف يحصل الادخال والتدخل أمام محكمة النقض	٣٠٨
٦١٧	هـ - كيفية إيداع الذكرات والمستندات بقلم الكتاب	٣٠٩
٦١٩	و - تحضير النيابة قضية الطمن	٣١٠

الفرع الخامس

في المرافعة الشفوية وحضور الخصام بالجلسة وإصدار الحكم

٦٢٢	١ - تحديد يوم الجلسة وإجراءاتها	٣١١
٦٢٣	ب - ما ينطبق على قضايا الطعن من قواعد الاجراءات	٣١٢
٦٢٤	البيئة في قانون المرافعات	

الفصل الثاني

في الدفع والسائل الفرعية أمام محكمة النقض

٦٢٦	عموميات	٣١٣
٦٢٨	المرافعة في المصاريف والأتعاب المقدرة	٣١٤
٦٢٩	اقتطاع المرافعة ووصلها	٣١٥
٦٢٩	التنازل عن الطعن وترك المرافعة فيه	٣١٦
٦٣٠	دعوى التزوير الفرعية	٣١٧
٦٣٢	التحقيق وسماع البيئة	٣١٨

الفصل الثالث

في آثار الطعن بطريق النقض

٦٣٣	بأنها	٣١٩
٦٣٤	١ - نقل النزاع لمحكمة النقض	٣٢٠
٦٣٥	ب - عدم وقف التنفيذ	٣٢١

الكتاب الثالث

الأحكام التي تصدرها محكمة النقض
وآثارها وما يترتب عليها

٣٢٢ نظرة عامة ٦٤١

الباب الأول

في الأحكام الصادرة بعدم قبول الطعن أو برفضه

٣٢٣ أثر هذه الأحكام على الجلة ٦٤٣

٣٢٤ ١ - إنهاء القضية ٦٤٣

٣٢٥ ب - عدم جواز رفع طعن ثان ٦٤٤

٣٢٦ تقيد ذلك بأنه في حق من طعن وفي خصوص الحكم

٦٤٦ المطعون فيه ٦٤٦

٣٢٧ الحكم برفض الطعن بطريق النقض لا يمنع من جواز

٦٤٦ الطعن في الحكم المطعون فيه بطريق الالتماس ... ٦٤٦

٣٢٨ ج - إلزام الطاعن بالمصاريف ٦٤٧

٣٢٩ د - مصادرة الكفالة : جواز المصادرة ٦٤٨

٣٣٠ لا مصادرة للكفالة عند التنازل عن الطعن أو ترك

٦٤٩ الرافعة فيه ٦٤٩

٣٣١ لا تصادر إلا كفالة واحدة عن مصلحة واحدة ... ٦٥٠

٣٣٢ جواز إلزام المني من المصاريف لفقره بمبلغ الكفالة ... ٦٥٠

الباب الثاني

في الأحكام الصادرة بقبول الطعن

ونقض الحكم المطعون فيه

٦٥١ ... تقسيم الكلام في هذا الباب ... ٣٣٣

الفصل الأول

فيمن يستفيد من حكم النقض ومن يحتاج به عليه

٦٥١ ... قاعدة الباب : آثار حكم النقض لا تظهر إلا في حق طرفي ... ٣٣٤

٦٥١ ... الخصومة أمام محكمة النقض ... ٣٣٥

استثناءاتها : اتحاد وجوه دفاع بعض الخصوم أمام محكمة

الموضوع - نية بعض الخصوم لبعض - حالات

٦٥٣ ... عدم التجزئة والتضامن والضمان ... ٣٣٥

الفصل الثاني

في تحديد ما ينقض من الحكم للطعن فيه

٦٥٧ ... النقض الجزئي والنقض الكلي والرجوع إلى محكمة ... ٣٣٦

٦٥٧ ... النقض عند الاقتضاء لتفسير حكمها وبيان قاعدة الباب

الطعن في جزء مستقل من الحكم يجعل النقض جزئيا ... ٣٣٧

٦٥٨ ... ولو كان بصيغة عامة ... ٣٣٨

الطعن للقبول في جزء من الحكم مرتبط بغيره يجعل

٦٦١ ... النقض كليا - النقض بطريق اللزوم ... ٣٣٨

الفصل الثالث

في عودة الخصومة إلى ما كانت عليه قبل الحكم

الفرع الأول

في عودة الخصومة إلى ما كانت عليه قبل الحكم

- ٣٣٩ - ٣٤١ معنى ذلك ٦٦٥
- ١ - ما يتعدى أثر النقض إليه من الأحكام اللاحقة
- ٣٤٢ إلغاء الأحكام اللاحقة المترتبة على الحكم النقوض ... ٦٦٧
- ٣٤٣ يقع هذا الإلغاء بحكم القانون مترتباً على حكم النقض ... ٦٦٧
- ٣٤٤ الأحكام الصادرة برفض الدفوع التي تتضمن إنكار الاختصاص أو يقصد بها تأخير الفصل في الدعوى أو التخلص منها أو التي يقصد بها عدم قبول الدعوى يترتب على نقضها نقض الأحكام التي أصدرت بمد على أساسها في موضوع الدعوى ... ٦٦٨
- ب - سقوط إجراءات التنفيذ وما يترتب على سقوطها إلغاء وبطلان جميع ما اتخذ في سبيل تنفيذ الحكم النقوض من الإجراءات والأعمال ... ٦٧٠
- ٣٤٦ رد المقبوض وما حصل تسلمه من أصل وفوائد ... ٦٧٢
- ٣٤٧ وجوب هذا الرد بغير حاجة إلى قضاء جديد ... ٦٧٣
- ٣٤٨ تعيين المحكمة المختصة بالاشكالات المتعلقة بالرد ... ٦٧٤
- ٣٤٩ - ٣٥١ آثار اعتبار الحكم كأن لم يكن في حق دائنيه ومن ترتبت لهم حقوق عينية ٦٧٥
- ج - ما لا يمتد إليه أثر النقض من الأحكام والإجراءات
- ٣٥٢ عدم إلغاء ما اتخذ في سبيل تنفيذ الحكم النقوض بالرضا ... ٦٧٨
- ٣٥٣ لا يمتد أثر النقض إلى الحكم المستأنف ولا إلى ما سبق الحكم النقوض من الأحكام الفرعية التي حازت قوة الشيء المحكوم به ... ٦٨٠

الموضع الثاني

في حاجة القضية إلى الفصل فيها من جديد

٣٥٤ في القانون الفرنسي وفي مصر على الجملة ٦٨١

البحث الأول - في الأحوال التي تحسم فيها الخصومة

بتقضى الحكم المطعون فيه بغير إحالة وإعادة

٣٥٥ في القانون الفرنسي - رأى فقهاءه وقضاؤه وقد هذا القضاء ٦٨١

٣٥٦ - ٣٥٧ في القانون المصري ٦٨٦

البحث الثاني - في الأحوال التي يجوز فيها المحكة

التقضى طلب الدعوى والحكم فيها

٣٥٨ بيان حكم الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ من قانون محكمة التقضى ٦٩٤

٣٥٩ معنى طلب الدعوى والحكم فيها وهل هو المعنى الذى

أعطى لثلاثها في باب الاستئناف ٦٩٥

الشروط الواجب توافرها لجواز طلب الدعوى والحكم فيها

٣٦٠ الشرط الأول - أكون الحكم المطعون فيه قد تقضى

٦٩٩ لمخالفته للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ...

٣٦١ هل تحك محكمة التقضى طلب الدعوى والفصل فيها إذا

٧٠٠ تقضى الحكم لمخالفته لقواعد الاختصاص

٣٦٢ الشرط الثانى - كون الدعوى صالحة للحكم ... ٧٠٣

٣٦٣ لا يشترط أن يكون موضوع الدعوى صالحاً برمتة للفصل فيه ٧٠٣

البحث الثالث - في الأحوال التي يتم فيها على

محكمة التقضى إحالة القضية إلى المحكمة التي

أسندت الحكم المطعون فيه

الفرع الثالث

في إلزام الدعي عليه بالمصاريف وأحقية الطاعن

في استرداد الكفالة

أولاً — الإلزام بالمصاريف وما هي ٧٠٦ ٣٦٥

ثانياً — أحقية الطاعن في استرداد الكفالة ٧٠٩ ٣٦٦

الباب الثالث

في الإحالة بعد تقض الحكم

عرض مسائل الباب ٧١٠ ٣٦٧

الفصل الأول

فيما هي المحكمة التي تحال إليها الدعوى

في النظام الفرنسي وفي مصر ٧١٠ ٣٦٨

الفصل الثاني

كيف تتصل محكمة الإحالة بالدعوى وكيف تسير فيها

الفرع الأول

في اتصال محكمة الإحالة بالدعوى

تتصل بالدعوى بتسجيلها أمامها ٧١١ ٣٦٩

جواز طلب الحكم بطلان المرافعة فيها إذا بقيت منقطعة ٧١٢ ٣٧٠

ثلاث سنوات ٧١٢ ٣٧١

الفرع الثاني

في سير الدعوى أمام محكمة الإحالة

... .. ٧١٣ ٣٧٢

صفحة	مكتبة
٧١٤	٣٧٢ — ٣٧٤
٧١٧	٣٧٥ — ٣٧٧
٧٢٠	٣٧٨
٧٢٠	٣٧٩
٧٢٥	٣٨٠

الفصل الثالث

كيف تفصل محكمة الإحالة في الدعوى

٧٢٧	٣٨٠
٧٢٩	٣٨١

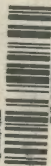
الباب الرابع

كيف تحكم محكمة النقض في موضوع الدعوى

٧٣٤	٣٨٢
٧٣٤	٣٨٣
٧٣٤	٣٨٤ — ٣٨٥
٧٤٢ — ٧٣٥	٣٨٥



Bibliotheca Alexandrina



0245738